العــدل

مجلة قانونية . فصلية . محكمة

السنة السادسة عشرة ــ العدد الثاني و الأربعون ــ أغسطس ٢٠١٤م


شركة مطابع السودان للعملة المحدودة

التقـــــديم :

طي الستار عن أخطاء الكبار

تحت هذا العنوان سوف أسلط الضوء على بعض أخطاء الكبار في الفقه الإسلامي حتى لا يكون الخطأ سنة للأمة كما قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. كما تبرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خطأ وقع فيه القائد الإسلامي الكبير خالد بن الوليد حيث أغار على بن جذيمة بعد إسلامهم. وعندما بلغ ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة قائماً شاهراً يديه حتى أنه ليرى ما تحت منكبيه ، يقول "اللهم إني ابرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد ثلاث مرات" و أرسل مالاً مع علي بن أبي طالب الذي قام بدفع ديات القتلى و إرجاع الأموال التي أخذت منهم والتعويض عن الفزع الذي أصاب النساء والأطفال بسبب دخول الخيول لقريتهم حتى دفع لهم قيمة عليقة الحالب ووليفة الكلب[1] .

وهناك بعض الأخطاء في الفقه لا بد من لفت النظر إليها حتى لا تكون تلك الأخطاء سنة للأمة، وعملاً بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على كل مسلم أن يتبرأ من كل خطأ في الفقه الإسلامي سواء كان ذلك من فقيه كبير أو صغير .

وإننا نخصص هذه المساحة من المجلة لإزاحة الستار عن تلك الأخطاء تبرئة للذمة .

وما التوفيق إلا بالله العلي العظيم.

،،، رئيس التحرير،،،

[1] السيرة النبوية لابن هشام المجلد الرابع ،٢٧ أسد الغابة في معرفة الصحابة المجلد الثاني ص ١١٠ .



بسم الله الرحمن الرحيم

عبر ومواعظ

وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين

تظلم أنس بن مالك من الحجاج والي العراق ورسالته إلى أمير المؤمنين عبد الملك بن مروان يقول فيها :

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى عبد الملك بن مروان أمير المؤمنين من أنس بن مالك

أما بعد... فإن الحجاج قال لي هجراً وأسمعني نكراً ولم أكن لذلك أهلاً فخذ بي على يديه فإني أمت بخدمتي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وصحبتي إياه، والسلام عليك ورحمة الله وبركاته.

وقد كتب أمير المؤمنين عبد الملك بن مروان إلى الحجاج رسالة يقول فيها :

بسم الله الرحمن الرحيم من عبد الملك بن مروان أمير المؤمنين إلى الحجاج بن يوسف أما بعد...

فإنك عبد طمت بك الأمور، فسموت فيها، وعدوت طورك، وجاوزت قدرك، وركبت داهية إدا، وأردت أن تبرزني، فإن سوغتكها مضيت قدما، وإن لم أسوغكها رجعت القهقري، فلعنك الله عبدا أخفش العينين، منقوض الجاعرتين، أنسيت مكاسب آبائك بالطائف، وحفرهم الآبار، ونقلهم الصخر

علـى ظهـورهم ـ في المناهـل، يـا ابـن المسـتفرمة بعجـم الزبيـب، والله لأغمزنـك غمـز الليـث الثعلـب، والصقر الأرنـب، وثبـت علـى رجـل مـن أصحاب رسـول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا، فلم تقبل له إحسانه، ولم تجاوز لـه إساءته، جرأة منك على الرب جل وعز، واستخفافا منك بالعهد، والله لو أن اليهود والنصارى رأت رجلاً خدم عزير بن عزرة وعيسى بن مريم، لعظمته وشرفته وأكرمته، فكيف وهذا أنس بن مالك خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، خدمة ثمان سنين، يطلعه على سره، ويشاوره في أمره، ثم هو مع هذا بقية من بقايا أصحابه، فإذا قرأت كتابي هذا، فكن أطوع له من خفه ونعله، وإلا أتاك مني سهم مشكل، بحتف قاضٍ، و{لكل نبإٍ مستقر وسوف تعلمون}.

البحـــوث

١/ الجدارة الائتمانية للمعاملات المالية في الإسلام

-إشارة خاصة لتجربة المصارف السودانية-

أ.د. أسامة محمد عثمان خليل

جامعة القصيم

مقدمــة :

تأتي أهمية الائتمان من أهمية التصدي لجوهر الأزمة المالية الراهنة التي تضرب العالم الآن. وتشتد الأهمية أكثر لتناول "الجدارة الائتمانية" في الاقتصاد الإسلامي رغبة في إظهار هذه الوقاية الإلهية للمال كونها وسيلة مختلفة عن الإجراءات والتدابير العلمانية. التي تحاول جاهدة كبح جماح هذه الأزمة وما هم (أهل العلمانية) ببالغيه! بمناهجهم الاقتصادية القائمة على المادية النفعية البحتة (حرية السوق، اقتصاد السوق، المعاملات الربوية، المضاربات المالية، الاحتكار...إلخ). إذ كشفت الدراسات المالية أن السبب الرئيسي في الأزمة هو الإقراض (الديون) بفائدة، والبيوع الربوية.

يهدف البحث إلى:

١- بيان أوجه قصور القواعد الوضعية لمعالجة الأزمة وتتبع الفوارق للأحكام المنظمة لعملية التمويل في الفقه الإسلامي بالمقارنة مع تلك التي تمارس من قبل آليات أسواق المال في التمويل وبالأخص اختلافات العقود المالية (الشكل القانوني في أنظمة التمويل غير الربوي في تمويل الديون عن طريق المشاركة في الأرباح والخسائر، كعقود المشاركة والمرابحة وغيرها من صور التعامل الإسلامي مما يرد الثقة في نظامنا المالي الإسلامي على نحو يسمح بالتدارس حوله وتطويره).

٢- التناول تفصيلاً وتجزئةً لمصادر التمويل الإسلامي في جانب الائتمان الذي يتم عن طريق البنوك التقليدية، والذي نعتقد أنه ما زال ضعيفاً لا يتناسب مع حجم

المسئولية الاجتماعية للمسلمين نحو البشرية جمعاء، مما يحويه الفقه الإسلامي من قواعد كلية وأصول جامعة مما يحقق الجدارة الائتمانية ويدفع بحجم التمويل الذي ما زال صغيراً في المعاملات المالية لدولنا الإسلامية مقارنة مع حجم الأصول المالية الدولية [1]. وذلك للإجابة على سؤال محوري:

هل من فرق بين النظام الإسلامي والتقليدي للائتمان من واقع التطبيق العملي كوسيط للتمويل؟

حدود البحث:

يقتصر البحث على إظهار الجدارة الائتمانية للنظام الإسلامي بتدارس الدين وأثره في معاملات الناس بالوقوف على آية الدين في القرآن الكريم والآيات ذات الصلة منعاً استباقياً لربا الديون - أساس داء الأزمة المالية - في المعاملات المالية، دون الوقوف كثيراً عند حرمة الربا وآثارها المدمرة والتي هي وعد من الله تعالى لمن يمارسه لقوله تعالى: (فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون) (البقرة، الآية ٢٧٩).

المبحث الأول

السياسة النقدية للائتمان المصرفي

أولاً: أدوات ووسائل الرقابة على الائتمان المصرفي :

(i) الاقتصاد التقليدي:

يستخدم الاقتصاد التقليدي أدوات ووسائل للرقابة على الائتمان لتحقيق أهداف نقدية واقتصادية، تتمثل هذه الأدوات في الرقابة الكيفية، والرقابة المباشرة على

---

[1] حجم التمويل في دولنا الإسلامية والعربية لا يتعدى ١,١٤ تريليون دولار أمريكي من جملة الأصول المالية الدولية التي تقدر بـ (١٨٠ ترليون دولار أمريكي).

Islamic Financial institution and international investment, Prof. Dr. Volkar Nieuhons.

بحوث المؤتمر العلمي الحادي عشر، كلية الشريعة، جامعة جرش، ديسمبر ٢٠١٠.

الائتمان[2]. ومن الصور العملية للرقابة "الرقابة الكمية" التي تهدف إلى التأثير في حجم الائتمان المصرفي عن طريق التأثير على حجم الاحتياطات النقدية[3] المتوافرة لدى المصارف من جهة، وعلى نسبة الاحتياطات النقدية إلى إجمالي الودائع التي تحتفظ بها المصارف من جهة أخرى، ولعل الهدف بيّن بأن يكون للبنك المركزي القدرة على فرض رقابته على نشاط المصارف التجارية في خلق الائتمان والاستثمار المصرفي بوسائل معينة للرقابة الكمية مثل: سياسة تحميل السوق المفتوحة، بتعديل نسبة الاحتياطي، وتحديد السعر التأثيري لصرف العملة الصعبة من وقت لآخر[4] "الرقابة الكيفية" (النوعية) التي تؤثر بلا شك على أوجه استخدام الائتمان المصرفي؛ وذلك بالحد من حجم القروض الموجه لبعض القطاعات الخاصة. بالإضافة إلى بعض السياسات مثل: تقليص الاعتماد، كاهتمام السودان بالصادرات غير البترولية بعد أن خرج بترول الجنوب من عائدات الدولة الأمر الذي دعا إلى وضع سياسات زيادة الإنتاج والإنتاجية لقطاع الصادرات غير البترولية (الصادرات الزراعية) وتحسين جودة هذه الصادرات ورفع قدرتها التنافسية في الأسواق الخارجية، ووضع ضوابط وآليات للحصول على عائدات الصادر في مدة قصيرة، حيث قلص البنك المركزي المدة القصوى لاسترداد حاصل الصادر إلى ثلاثة أشهر بدلاً من ستة أشهر لبعض أنواع اعتمادات الصادر وإلى شهرين لأنواع أخرى وذلك وفقاً للمنشور المركزي رقم (٢٠٠١/٩) بتاريخ ٥ أكتوبر ٢٠١١م الصادر من بنك السودان إلى البنوك والمصارف السودانية[5].

أما الرقابة المباشرة فتتمثل في وسيلتين هما:

---

[2] صابر محمد الحسن، "السياسية النقدية في التطبيق الإسلامي المعاصر"، الندوة الأولى لتأصيل النشاط الاقتصادي، ص٢٤.

[3] يعرف النقديين على وجهين: (الوجه الأول) وسيلة لتبادل: بأنها أي شيء يلقى قبولاً عاماً، التداول من أجل شراء السلع والخدمات وسداد الديون (الوجه الثاني) وسيط للتبادل.

[4] حدد السعر التأثيري لصرف الدولار مقابل الجنيه السوداني بـ ٢,٦٦٩٣ ووفقاً لذلك حدد أعلى سعر للدولار ٢,٠٧٤,٩٤ جنيه وأدناه ٢,٥٨٠,٩٢جنيه وذلك في ٥ أكتوبر ٢٠١١م.

[5] د. محمد عبد العزيز، مقال "تقليص الاعتماد"، جريدة الأحداث السودانية، الخميس ٦ أكتوبر ٢٠١١.

الوسيلة الأولى: (التأثير الأوربي) التي يتخذها البنك المركزي للتأثير على البنوك والمصارف الأخرى بهدف إقناع البنوك التجارية للتعاون معه في تنفيذ عموم السياسة النقدية التي يرسمها عن طريق التوجيه والنصح وإبداء الرأي والمشورة، والإقناع بالسياسة المنسجمة مع أهداف السياسة الاقتصادية الكلية للدولة وفي حالة عدم التزام هذه المصارف لسياسته قد يلجأ إلى إجراءات تأديبية كفرض سعر فائدة إضافي عندما تتعدى هذه المصارف تسهيلاتها على مقدار معين، أو يرفض البنك المركزي القيام بوظيفة المقرض الأخير بأن يعتمد على إصدار التعليمات والتشريعات القانونية التي تمكن من تنفيذ سياسته.

الوسيلة الثانية (السياسة التشريعية).

(ii) ضوابط السياسة النقدية في الإسلام:

يتحدد مفهوم ضوابط السياسة النقدية في الإسلام في إطار نظرة الإسلام الكلية للاقتصاد ورؤيته الخاصة لدور النقود في النشاط الاقتصادي عموماً.

يلاحظ أنه من حيث المبدأ لا يوجد خلاف يذكر في كل من النظامين الإسلامي والتقليدي في وظيفة النقود، إلا أن الخلاف متحقق في السياسة النقدية في كل نظام خاصة المتعلقة بالأهداف الكلية المراد تحقيقها من قبل كل نظام، وكذا السلوكيات التي تحكم كيفية توظيف النقود.

بالإضافة إلى الاختلاف في المصدرية (النظام المالي) إذ يقوم في الإسلام على منظومة القيم والمثل والأخلاق وعلى ضوابط الحلال وتحقيق المنافع المشروعة، ولاشك أن هذا الخلاف يرتب ضوابط معينة.

(الضابط الأول): ثبات قيمة النقود :

هذه سمة مستلة من مبدأ العدالة الحاكم لكل المعاملات الذي يقتضي استقرار أسعار العملة؛ لذا حرص فقهاء المسلمون على ضرورة ثبات قيمة النقود بالنظر إلى الوظائف المهمة التي تؤديها النقود بكونها الوسيلة المباشرة لتبادل المنافع والطيبات بين

الناس وقياس للقيم[6] من هؤلاء الفقهاء الغزالي الذي يقول: (إن من الظلم اختلاف قيمة النقود وتباينها في الجودة والرداءة وشكر الله يقتضي عدم تغيير قيمة وسيلة التبادل ومقياس قيمة الأشياء وهي النقود، كذلك فإن كل ما من شأنه تغيير قيمتها يُعد تعدياً لحدود الله). ونفس المعنى نجده عند ابن خلدون [7].

(الضابط الثاني): سعر الفائدة:

يلعب سعر الفائدة دوراً كبيراً في السياسة النقدية عموماً بكونه يؤثر على وسائل الدفع وحجم الائتمان المتاح، وما يسببه من أضرار مباشرة، ويقوم هذا الضابط على أصلين: قاعدة تحريم سعر الفائدة، وقاعدة الغنم بالغرم في استثمار الأموال وبهما (الأصلان) يتم توزيع الأرباح على المستثمرين في البنوك والمصارف الإسلامية وباختلاف لا يخفى بالمقارنة مع سعر الفائدة كضابط متبع في البنوك التجارية التقليدية المعتمدة بدرجة كبيرة على حجم النقود.

بالإضافة إلى محرمات تُعزّز ذينك الضابطين كحرمة الاكتناز، الربا، التطفيف والغش، من جانب، وسمات تستوعب كل نظم التمويل الحديث من جانب آخر أثبت التطبيق العملي جدواها كعدم التمويل بالعجز، وضرورة توزيع الائتمان العادل، وتناسب النسبة بين الائتمان ورأس المال، وضرورة تحديد حصة للعميل، من مجموع الصفقة على قدر نشاطه.

ثانياً: دور المصارف الإسلامية في السياسة النقدية :

ساق بعض الكتاب صوراً من التطبيقات في أعمال التمويل والإقراض عموماً في صدر الإسلام، من هذه التطبيقات التاريخية "ودائع الزبير بن العوام" حيث يظهر بأن الزبير بن العوام كان مؤتمناً لودائع الناس وعرف الإقراض واستغلال الأموال المودعة لديه بكونه كان يضمن هذه الأموال وتحمل مسئولية هلاكها بل القيام - على

[6] من هؤلاء ابن القيم الجوزيه وابن عابدين والشيخ المقريزي.

[7] عبد الرحمن محمد بن خلدون (مقدمة ابن خلدون) ط٤، دار إحياء التراث العربي، ص٥٢٦.

شـــاكلة المصــــارف الآن- بـــإجراء التمـــويلات وأوامـــر الـــدفع إلى حـــوافز الدولـــة الإسـلامية[8].

بدأت تجربة المصارف الإسلامية في السودان بقيام بنك فيصل الإسـلامي السـوداني عـام ١٩٧٨ كـأول بنـك إسـلامي ينشـأ بقـانون خـاص، تبـع ذلـك قيـام بقيـة البنـوك الإسـلامية. لازم ذلـك صـدور قـانون المعـاملات المدنيـة لسـنة ١٩٨٤م الـذي حـرّم كـل المعـاملات الربويـة سـواء للمصـارف أو المعـاملات الفرديـة، تبعـه تحويـل كامـل للنظـام المصـرفي مـن نظـام تعمـل فيـه مجموعـة المصـارف الإسـلامية إلى جانـب البنـوك التجاريـة (نظام متوازي) ضـارباً المثـل الحـي لإعمـال فقـه الضـرورة إذ إن تعامـل المسـلم مـع البنـوك التجارية في بلاد المسلمين ولا سيما التي ليس فيهـا البنـوك الإسـلامية ضـرورة مـا بعدهـا ضرورة وتمثل التمويل من أقوى صورها إذ يحتاج المسلم للتمويل من بلد إلى بلد[9].

تبع ذلك قيام مصرف إسـلامي صـرف - بمـا فيـه البنـك المركـزي- كمؤسسـة مالية تقوم بعمليـات الصـرافة واسـتثمار الأمـوال بمـا يتفـق وأحكـام الشـريعة الإسـلامية والسـعي الجاد لتحقيق أقصى عائد اقتصادي واجتماعي للمجتمع المسلم [10].

ثم تطور النظام المصرفي بصدور قانون تنظيم العمل المصـرفي عـام ١٩٩١، وصـدور قـانون بنـك السـودان لسـنة ٢٠٠٢، إذ نظـم العمـل المصـرفي وفـق مـنهج الدولـة لأسـلمة الاقتصـاد الكـلي بما فيه الجهاز المصرفي وخولت هـذه القـوانين البنـك المركـزي تنظـيم كـافة النشـاط المصـرفي علـى أسـاس الاقتصـاد الإسـلامي وبرقابـة شـرعية تأصـل العمـل المصـرفي بتنقيـة المعـاملات المصـرفية ممـا علـق بهـا مـن المخالفـات الشـرعية وإخضـاعها لأصول ومقاصد الشريعة الإسلامية ومن ثم حق تقرير قبول المعاملة أو رفضها أو تعـديل

---

[8] الندوة الأولى، المرجع السابق، د. أحمد محي الدين أحمد، تساؤلات أساسية حول تأصيل العمل المصرفي والسياسات المصرفية، أشار إلى د. الغريب ناصر "أصول المصرفية الإسلامية".

[9] منهاج المسلم، المرجع السابق، ص٣٠٩.

[10] أكرم على محمد يوسف، "دور الهيئة العليا للرقابة الشرعية ببنك السودان في تأصـيل العمـل المصـرفي"، مجلـة العدل، العدد الثلاثون، أغسطس، ٢٠١١م. أشار إلى: عوف الكفراوي "النقود والمصارف في النظام الإسلامي".

بنود عقد المعاملة بما لا يتعارض مع تلك الأصول. عليه تحول كامل القطاع المصرفي[11] بما فيه التقليدي إلى النظام الإسلامي، يمارس تمويل المعاملات بالصيغ الإسلامية كالمشاركة، وصيغ تمويلية أخرى كالقرض الحسن، البيع المؤجل، بيع السلف (السلم) الإيجارة والجعالة وغيرها من الصيغ الإسلامية، بالإضافة إلى الصيغ التقليدية الراسخة في البنوك التجارية كالودائع (الودائع المتحركة، الودائع الاستثمارية وامتلاك الأصول) [12].

المبحث الثاني

الائتمان بالإقراض (الدين) في التمويل المصرفي الإسلامي

أولاً: مفهوم الائتمان المصرفي والحاجة له :

يعد الائتمان والدين (القرض) "وجهان لعملة واحدة" التزام بالسداد في المستقبل (الأجل). ويصبح هذا الالتزام من وجهة نظر الشخص (المُقرض) الذي سيتم الدفع له في المستقبل (الأجل) ائتماناً، بينما من وجهة نظر الشخص المقترِض (المدين) الذي يلتزم بالدفع (ديناً).

(الائتمان) في اللغة يعني منح الثقة وكمصطلح اقتصادي يعني منح المدين أجلاً لدفع الدين.

يلاحظ في التطبيق العملي للمعاملات أن الائتمان يتمثل في تخلي المصرف (المقرض) عن شيء ذي قيمة (مبلغ من المال) في لحظة زمنية معينة في مقابل التزام من تلقى الائتمان (المقترض) بالدفع في المستقبل (أجل).

هذه هي الثقة التي يوليها المصرف لشخص ما حين يضع تحت تصرفه مبلغاً من النقود أو يكفله لفترة محددة يتفق عليها المصرف (المقرض) والمقترض، ويقوم الأخير

---

[11] عرف قانون بنك السودان لسنة ٢٠٠٢ المصرف بأنه: يقصد به أي مصرف منشأ بقانون أو مسجل بموجب أحكام قانون الشركات لسنة ١٩٢٥ بعد استيفاء متطلبات قانون تنظيم العمل المصرفي لسنة ١٩٩١ ويمارس العمل المصرفي داخل السودان، وعرف قانون تنظيم العمل المصرفي لسنة ٢٠٠٣، المصرف بذات التعريف (المادة ٤).

[12] الندوة الأولى، مرجع سابق، ص٥٨.

في نهاية المدة بالوفاء بالتزامه، وذلك لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف من المقترض يتمثل في الفوائد والعمولات والمصاريف. عليه يكون الائتمان المصرفي في التطبيق العملي عبارة عن تقديم تسهيلات للنشاط الاقتصادي وتوفير احتياجاتها من السيولة النقدية لتغطية عملياتها الداخلية والخارجية.

تُعظّم أهمية الائتمان بكونه يرتب آثاراً مباشرة دعماً أم حداً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية تُضع له سياسة محددة تعرف "بالسياسة الائتمانية" تقوم على مجموعة من المبادئ والأسس تنظم أكثر في مسألة:

١- سيطرة الدولة على الائتمان بصورة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة البنك المركزي.

٢- تحديد طرق وأساليب منح التسهيلات.

٣- تحديد نوع النشاط الاقتصادي الذي يمكن تمويله من حيث الأولوية مثال أولوية التمويل للقطاع الزراعي في السودان.

٤- وضع أسس كيفية تقديم مبالغ الائتمان (التسهيلات) من حيث أنواعها، آجالها، وشروطها الرئيسية.

٥- اختيار وسائل الرقابة والمتابعة للقروض (التسهيلات) للمحافظة على رأسمال المصرف.

هذه الأسس تُكمل بالضمانات التي تقدم من قبل العملاء مقابل هذه القروض طمأنة للمصرف في سداد قيمة القرض وفوائده وعمولته ومصاريفه. صحيح أن المصارف تتفاوت في منح التسهيلات وسعاً وضيقاً؛ إذ تقدم قروضاً بدون ضمان اكتفاء بالمركز المالي للمقترض، وهناك قروض أخرى لا تقدم إلا بضمانات عينية، وكذا الأمر في مدة القرض حيث تكون طويلة الأجل أو قصيرة الأجل أو متوسطة.

إذاً الأمر - كما يلاحظ في سوق المعاملات - يتوقف على مدى اطمئنان المصرف على مخاطر الائتمان خاصة المتعلقة بالمقترض (أهلية المقترض) من حيث المركز المالي، السمعة الائتمانية بل حتى سلوكه الاجتماعي، وكذا المخاطر المتعلقة بالظروف العامة كالظروف الاقتصادية والحالة السياسية والقانونية والاجتماعية للبلد، بالإضافة إلى أخطار المصرف نفسه. هذه المخاطر تخضع لدراسة من قبل المصرف مع وضع استراتيجية مسيرة للمصرف وعلى أساسها تحدد أسس منح الائتمان وتُسعر قيمته.

ولعل من وسائل تحقيق الاطمئنان مصادقة البنك المركزي (بنك السودان) بإنشاء وكالة الاستعلام والتصنيف الائتماني بموجب قانون خاص صدر في ١٠ أغسطس ٢٠١١ حيث تعتبر الوكالة مستودعاً للمعلومات والبيانات الإحصائية، الائتمان على نمط وتاريخ السجل الائتماني لعملاء المصارف (الترميز الائتماني) وهو جزء من مكونات (أعرف عميلك)، ولا شك أن ذلك يدعم الجدارة الائتمانية لطالبي التمويل[13].

ثانياً: الإقراض بفائدة أساس نظم التمويل المعاصرة :

تعتمد نظم التمويل المعاصرة بشكل كبير على الإقراض بفائدة؛ وذلك عن طريق العقود التي تبرم بين المصارف والمؤسسات المالية والمقترضين. أصبحت هذه العمليات مجرد بيع نقد حال بنقد آجل (الدين)[14] يتحقق معها بلا شك (ربا الدين) بصورته المباشرة أو الغير مباشرة (جدولة ديون) بسعر فائدة أعلى، أو شراء الديون (استبدال القروض) في أسواق المال العالمية. وقد تمارس في صورة أشدة قسوة ممثلة في (توريق الديون)؛ حينما تقوم المصارف والمؤسسات المالية بتحويل ديونها إلى أوراق مالية قابلة للتداول، الأمر الذي يقود في النهاية إلى إحداث اختلالات مالية تترتب معها الأزمات المالية كالتي تضرب العالم الآن.

ولعل الخوف والاحتياط هما ما دفع حتى القوانين القديمة بمنع الاقتراض بفائدة؛ فالقانون الروماني في منتصف القرن الخامس الميلادي منع الاقراض بالفائدة، وكذلك قوانين بابا الفاتيكان في القرن العاشر منعته منعاً باتاً.

ويذكر[15] أن توماس أكوين أول كاهن أجاز التجارة بالنقود وبذلك خالف أرسطو الذي منع الفائدة، إلا أن ضعف سيطرة الفاتيكان (٥١٧م) وظهور الحركة

---

[13] سوف يتم تطبيق الترميز الائتماني من ديسمبر ٢٠١١م. جريدة السوداني السودانية اليومية، العدد ٢١٠٧، الخميس ٣ نوفمبر ٢٠١١، ص١١.

[14] عقود البترول التي تبرمها حكومة السودان تتم في شكل قروض آجلة لمدة ثلاثة أشهر، برنامج "حتى تكتمل الصورة"، قناة النيل الأزرق، الاثنين ٢٤/١٠/٢٠١١م.

[15] المؤتمر العلمي، جامعة الأمارات العربية، المتحدث الرسمي..... الجلسة الافتتاحية.

البروتستانية حيث وضعت حداً للمنع رغم نقدها للفائدة بكونها احتكار إلا أنها لم تمنعه إذ سمح الاقتراض بالفائدة (الفائدة العادلة الصحيحة) حيث لا يجوز التعامل بالفائدة للفقراء ولا للجيران، إلى أن جاءت الرأسمالية وهدمت كل شيء وأصبح الغرب الآن يعتمد اعتماداً كلياً على اقتصاد القروض، مثال دولة سويسرا التي أصبحت الآن تعمل بالفائدة عن طريق المصارف وأصبحت مركزاً للأموال الفاسدة.

هذه الحقيقة تدعو بلا شك أن يلعب التمويل الإسلامي دوراً أكبر وبمسئولية اجتماعية عبر مصارف الدول الإسلامية وبتنسيقات وترتيبات عربية أو إسلامية أو إقليمية (الاتحاد المغاربي، الشرق الأوسط، دول مجلس التعاون الخليجي) إذ يلاحظ أن التمويل الإسلامي جزء ضئيل من التمويل العالمي، إلا أن هذا التمويل بسمته وقواعده الخاصة له وضع محسوس في حركة الاستثمار ظهر ذلك منذ ٦٠ سنة في الشرق (الهند) مما رسخ قواعد استثمارية إسلامية تبدو مميزة ومختلفة عن الاستثمار التقليدي القائم على الإقراض الربوي كقاعدة المشاركة في الربح والخسارة. تطورت التجربة في دول كالسودان وباكستان ودبي وغيرها من الدول الإسلامية بظهور صور من الإقراض الغير ربوي وذلك بمواءمة ذكية بين قواعد نظام التمويل التقليدي وقواعد الشريعة الإسلامية لتصبح نوافذ إسلامية مشرفة. صحيح أن التجربة لا تخلو من سلبيات وقصور في التمويل بدرجة تظهر ضعف مشاركة المصارف الإسلامية في إخراج العالم من أزماته المالية رغم الثراء المرجعي للإسلام في معالجة أسباب الأزمة المالية، بل في نفسها غير مكتفية ولم تسعد بها الأمة الإسلامية بعد.

إذا خصصنا أثر هذه القروض على التمويل في السودان نجد أن وضع التمويل الخارجي وانعكاساته على التنمية والأداء الاقتصادي السوداني أكثر شدة، حيث يلاحظ أن حجم الالتزامات الناتجة عن مسحوبات التمويل قد زادت، وزادت معها الديون الخارجية منذ بداية التسعينات من ١٤ مليار دولار وصلت بعد ٦ سنوات في

ديسمبر ١٩٩٦ إلى ٢١,٦ مليار دولار بزيادة معدل ٥٥٪ وبحجم فوائد على جملة الدين الخارجي بـ (٢١,٧ مليار) من (١٣,١) مليار دولار أي بنسبة ٤٨٪ النصف تقريباً [16].

ويُلاحظ أن التسهيلات الائتمانية [17] بأنواعها المختلفة، استهلاكي، قروض تنمية، إنتاجي، قروض حسنة مساحة كبيرة من حجم هذه القروض على نحو نتج عنه أزمة ركود وتنمية عكسية وديون على الاقتصاد السوداني على النحو الذي أثر على المستوى الدولي، وزادت معدلات الفقر كغيرها من الدول النامية نتيجة لأعباء هذه الديون على الدول المدينة ذات النمو الأقل على نحو باتت تهدد النظام الاقتصادي الدولي، ولم تشفع معها الحلول والمبادرات الدولية كإعادة جدولة الديون او خفضها أو إعفائها كلية. ولعل السبب أن الحلول نفسها وضعت لتكريس الهيمنة الاقتصادية وتهيئة لأسواق الدول الغنية لتزداد غنىً عن طريق سياسات العولمة وآلياتها كصندوق النقد الدولي والبنك المركزي (Hipcs).

ثالثاً: القرض (الدين) المحرّم سبب الداء للمعاملات المصرفية المعاصرة:

جاء في المصباح المنير: الدين لغة هو القرض، وجاء في مختار الصحاح الدين واحد الديون (ودانه) أقرضه و(دان) هو أن استقرض، فصار دان مشتركاً بين الإقراض والاستقراض (تداينوا) تبايعوا بالدين و(استدان) استقرض[18].

ويعرف الدين اصطلاحاً لدى الفقهاء بأنه: (ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته ديناً باستقراضه، فهو أعم من القرض)[19]، وجاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٥٨) : (الدين ما يثبت في الذمة).

---

[16] الندوة الأولى، مرجع سابق، بحث "التمويل الخارجي في السودان" د.محمد الحسن مكاوي، ص١٥١.

[17] يتفق التسهيل الائتماني مع طبيعة النشاط النوعي للمصرف، تجاري، صناعي، زراعي، وعقاري، من جهة وأغراض هذه القروض من جهة أخرى، ويلاحظ أن أهم وأخطر هذه القروض (القروض الإنتاجية المتمثلة في الأموال التي تقدم مجال الاستثمار كعقود الفائدة على المقرض (المصرف) والعميل (المقترض).

[18] د.الصديق محمد الأمين الضرير، " بيع الديون"مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ١٤٢٢هـ- ٢٠١١م، ص٢٧٧.

[19] ابن عابدين، رد المحتار ٢٢٤/٤.

أما التعريف المختار خاصة في المعاملات المالية فهو: (الدين مال حكمي يثبت في الذمة بسبب يقتضي بثبوته)[20]، بكونه لا يشمل إلا الديون المالية أي ليس بمعناه الواسع الذي يتعلق بالديون غير المالية.

بهذا المعنى يصبح الدين أشمل من القرض في معاملات الناس وأعم وسيلة في معايشهم (أصل البيوع)[21]، لذا حظي بأطول آية في سور القرآن الكريم (آية الدين) آية عظمى تحمل إرشاد للمعاملات عن طريق القروض والديون (المعاملات المؤجلة)[22].

ما يهمنا في التطبيق العملي القرض القانوني لهذه الآية العظيمة في ضمان شرعية المعاملات وحفظ الحقوق وإقامة الشهادات دون ريب في معاملات فردية (دين) للمعاش مدنية، أم تجارية التي تتم في آجال مؤجلة وبحكم بيّن في السنة الشريفة للمعاملات بالدين (بيع الديون)، وبتفصيل يسير يستوعب التطبيق المعاصر لهذه المعاملات التي لا تخرج صورها عن بيع الدين[23]، بنقد حاضر أو نسيئه التي تمارس في معاملات المصارف الإسلامية بصورتين في أوجه عديدة وجدت الاهتمام وصدرت بشأنها فتاوى.

(الصورة الأولى): أن يقوم المصرف ببيع سلعة إلى عميل بالمرابحة بثمن مقسط يدفعه إلى مدى سنة (أكثر أو أقل) ثم يقوم هذا العميل على مكاتبة (سندات لأمر) توثيقاً للدين الثابت في ذمته (ثمن البيع)، ثم يقوم المصرف ببيع هذه السندات للحصول على النقد ويكون ذلك قبل حلول الأجل بقيمة أقل من قيمة الدين. تتبدى هذه الصورة

---

[20] الضرير، مرجع سابق، ص٧٩.

[21] الإمام حجة الإسلام أبي بكر احمد بن على الرازي الجصاص الحنفي، المتوفى سنة ٣٧٠هـ "أحكام القرآن"، المطبعة البهية المصرية، إدارة الملتزم، ١٣٤٧هـ ٢٤٧/١.

[22] قال سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن عباس في قوله (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم.....)؛ قال نزلت في السلم إلى أجل معلوم، و(السلم) من أوضح صور المعاملات بالدين."

[23] ورد مصطلح قلب الدين في مصنفات شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزيه، ثم حكاه بعض متأخري الحنابلة، واشتهر عند فقهاء المالكية في مذهبهم باسم (فسخ الدين في الدين) مما يؤكد اهتمام الفقه الإسلامي مبكراً ببيع الديون بصورها المختلفة.

في التطبيق في (البيع بالتقسيط)[24] إذ يوقع المشتري (المدين) بعد استلامه للسلعة (البضاعة) على سند، ثم يقوم صاحب البضاعة رغبة منه في استعجال مبلغ الدين بتقديم هذا السند إلى المصرف الذي يخصم جزءاً من مبالغها ويدفع له ما تبقى، ثم ينتظر المصرف حتى يحين أجل السداد فيحصل على مبلغ السند كاملاً.

(الصورة الثانية) : تتمثل في عمليات المرابحة وهي لا تخرج عن بيع آجل وتولد ديون آجلة عنه.

يلاحظ في أعمال المصارف الإسلامية في السودان أن هذه الأموال التي تستخدم للمرابحة مصدرها الحسابات الدفترية وهي حسابات الاستثمار يستخدمها المصرف وأصلها حسابات قصيرة الأجل في عمليات المضاربة التي تتم بمدد قصيرة (غالباً سنة) ومن ثم تستخدم هذه المبالغ في تحويل عمليات ومرابحة لمدة سنة.

والملاحظ أن هذه العملية تقوم بها أحياناً جهات غير المصارف كالشركات بل الحكومة للحصول على السيولة (بيع سندات القرض)؛ وذلك باقتراض مبلغ كبير من المال تسدده بعد أجل طويل، تلجأ الحكومة لهذه الصورة عندما لا تجد جهة تقرضها المال المطلوب حينها تصدر سندات على الجمهور على أن يكون لكل سند فائدة في السنة يأخذها أصحاب السند إلى أن ينقضي الأجل فيرد إليه مبلغه.

هذه السندات قابلة للتداول بالبيع والشراء فشاري السند له حق بيعه لآخر، وللآخر حق بيعه لثالث وهكذا، لاشك أن هذه صورة حية (للقرض بفائدة) التي تدخل في المعاملات الربوية وهذا لا يحل بالطبع إلا إذا كانت بيع لغير البائع بدون فائدة وأن لا يكون نقداً بنقد بجنسه أم من غير جنسه بأقل أو بأكثر أو مثل قيمة السند لأنه سيترتب عليه إما ربا الفضل أو ربا النسيئة: أي يجوز بيعه بغير النقود (العروض) وأن قل الثمن إذ لا مانع شرعاً من أن يشتري شخص ما سلفه بثمن مؤجل بأكثر من ثمنها

---

[24] يجوز عند جمهور العلماء الزيادة في ثمن البيع الآجل عن الثمن الحالي، إلا أنه يجب في هذه الحالة أن يحدد ثمن السلعة وعدد الأقساط وزمن السداد خروجاً عن الغرر (الجهالة) ولا يجوز زيادة الثمن عن أصل الثمن الأول إذا تأخر المشتري عن سداد أي قسط من الأقساط أو جميعها إذ فيها يتحقق الربا.

الحالي على رأي جمهور الفقهاء[25]، ويتساوى إن كان الشراء للسلعة رغبة لذاتها أو الحصول من نقودها بشرط بيعها لغير من اشتراها منه لكي لا ندخل في "ربا العينة" المحرم شرعاً والذي هو بيع صوري لا يجوز شرعاً لكونه وسيلة للربا وسطت فيه السلعة بالتحايل على أخذ الربا فهذا البيع لا يجوز لكون السلعة غير معينة وإنما وسطت الربا [26].

إذاً لابد من توافر شرط البيع للغير ليصبح جائزاً فهو "التورق" أجازه جمهور الفقهاء[27]، إلا أن الثابت أنه إذا ثبت ضرره كما حصل بولاية القضارف يجوز لولي الأمر منعه.

ولا بأس أن نستزيد في القول بذكر بعض صور المعاملات الممارسة في السودان وأن تضع بعض الفتاوى[28] التي صدرت بشأنها من مجمع الفقه الإسلامي برئاسة الجمهورية.

(أ) زيادة سعر الدولار في البيع الآجل :

بيع عملة بأخرى بأجل نوع من الربا وتسميه بعض العلماء "بالربا الخفي"؛ لأن حكمه يخفى على كثير من الناس فيعدونه نوعاً من الصرف؛ إذ إن الصرف هو بيع نقدين ببعضهما بعضاً كبيع دنانير الذهب بدراهم الفضة فهو جائز شرعاً إذ هو بيع والبيع جائز لقوله صلى الله عليه وسلم (بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد)[29]، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)[30].

---

[25] الضرير، مرجع سابق، ص٣١٤.

[26] فتاوى المجمع، مرجع سابق.

[27] أجازه مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة.

[28] فتاوى المجمع (الكتاب الأول) ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة.

[29] رواه البخاري (٢١٣٤).

[30] رواه البخاري ٩٧/٣، ورواه مسلم، ورواه مسلم (٧٤)، كتاب المساقاة، ورواه الترمذي (١٢٤١)، رواه النسائي (٢٧/٧).

إذاً من شروط الجواز التقابض في الحال لكلا النقدين، وبالتالي إذا بيعت دولارات أو ريالات بجنيهات سودانية، أو العكس فإنه لابد أن يسلم كل من المتعاملين النقود التي باعها، ويسلم تلك التي اشتراها في الحال وتأجيل قبض أي منها موجب للحرمة ويحول العملية إلى نوع من الربا تبطل المعاملة ويترتب عليه الإثم. السؤال هو ما هو حكم التعامل التجاري بالدولار؟ إذ يلاحظ مدى هيمنة هذه العملة وجعل الناس منها سلعة وأصبحت التجارة فيها نوعاً من النشاط الاقتصادي المؤثر وغير المنتج (تجارة عملة)، هل يعد الدولار التجاري سلعة؟ وبالتالي يجوز بيعه بأجل وزيادة ثمنه عن السعر التجاري المتداول به، أم لا، بحيث لا يجوز بيعه إلا يداً بيد؟.

أفتى المجمع الفقهي بأن: (الدولار وغيره من العملات المتداولة جعلت ثمناً للأشياء وقيمة للمتلفات وهي بهذه المثابة تقوم مقام النقدين (الذهب والفضة) وعليه، فإنه يسري عليها ما يسري على الذهب والفضة حال التعامل بهما، مع حرمة التفاضل والنسيئة لو اتحد الجنس وجواز التفاضل بلا نسيئة حال اختلاف الجنس).

إذاً فمن باع عملة بثمنها دولارات بدولارات فلابد من التقابض والتماثل دون تفاضل، وعليه لا يجوز إيجار النقد كما يحصل في المضاربة في عمليات التمويل، إذ يقدم طرفا التمويل والثاني العمل، أو يعود المبلغ الأصلي (مبلغ التمويل) لصاحبه عند نهاية الشركة كاملاً بغض النظر عن الربح والخسارة اللذين يتعرض لهما رب العمل خلال الفترة، هنا المعاملة لا تجوز لأنها إجارة نقد وإجارة النقود خروج عن وظيفة النقود وربا محرم.

(ب) بيع الشيك المؤجل:

في هذه المعاملة يقوم الشخص الذي حرر الشيك المؤجل لصالحه لأي من الأسباب ببيع الشيك قبل أن يحل أجله لشخص آخر بأقل من قيمته، ويقبض نقداً أقل من قيمة الشيك على أن يقوم المشتري بصرف الشيك كاملاً عندما يحين أجله، بحيث يدفع المشتري مبلغاً مالياً أقل ويتسلم مبلغاً مالياً أكثر منه.

جاءت النصوص بأن هذه المعاملة بصورتها لا تجوز لأنها ربا. كذلك لا يجوز ملء الشيك بسعر يوم السداد (الشيك على بياض) لما يشمل عليه من جهالة الثمن للطرفين. ومن الصور بيع المبيع الغائب بصوره المختلفة، إذ يدخل في بيع من لا يملك كبيع

إيصالات توريد البضاعة فقط دون وجود المبيع (البضاعة) في هذه المعاملة يقوم البائع ببيع بضاعة لشخص آخر بثمن مؤجل، وهو لا يملكها فيقوم بتسليم المشتري إيصالات بكميات البضاعة على أن يقوم سماسرة تابعون للبائع بشراء الايصالات من المشتري بثمن نقدي أقل من قيمة البضاعة التي اشتراها بها (أي يتسلم القيمة من مال البائع الأول) وتعاد الإيصالات للبائع الأول، فيبيعه لغيره كل مرة بالطريقة ذاتها، علماً أن يسدد المشتري قيمة البضاعة كاملة عندما يحين أجلها.

جاءت الفتوى بأن هذه المعاملة لا تجوز شرعاً للآتي:

أولاً : لأنها من بيع ما لا يملك المنهي.

ثانياً : حتى لو كان مالكاً للسلعة فهي من بيع العينة.

المبحث الثالث

الحل في تأصيل المعاملات القائمةعلى سماحة التجارة والمعاملات في الإسلام

أولاً: سماحة المعاملات في الإسلام :

(i) عدم الفساد في المعاملات والتعامل التجاري :

جُبل الإنسان على جمع المال والسعي للثراء (وتحبون المال حباً جما)، وفي ذلك إجابة وتحقيق لوظيفة الإنسان لخلافة الأرض. يحصل التزاحم والتنافس بين بني البشر وهم يحققون هذه الخلافة بطغيان ظاهر لقوة الأغنياء على الضعفاء حينها لابد من دين يهذب النفوس[31] وإلا كان الفساد، قال تعالى (وإلى مدين أخاهم شعبياً قال يا قوم أعبدوا اللّه مالكم من إله غيره ولا تنقصوا المكيال والميزان إني أراكم بخير وأني أخاف عليكم عذاب يوم محيط❖ ويا قومي أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين❖ بقيت اللّه خير لكم إن كنتم

[31] أحمد خالد بابكر، آداب التجارة والمعاملات، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، العدد الخامس، رمضان ١٤٢٠هـ- ديسمبر ١٩٩١، ص١٠٠.

مؤمنين وما أنا عليكم بحفيظ❖ قالوا يا شعيب أصلاتك تأمرك أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل في أموالنا ما نشاء إنك لأنت الحليم الرشيد)[32].

"الفساد" المتحدث عنه هو فساد التعامل وتبادل المنافع بين العباد[33] في التعامل التجاري، الأمر الذي يظهر عِظم وخطورة المعاملات والتعامل التجاري؛ إذ الربط بين هذه المعاملات وسلامة العقيدة وإخلاص العبودية للخالق رب العاملين بيّن (وقضى ربك ألا تبعدوا إلا إياه) ثم يأتي السياق (وأوفوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا)[34].

هذا الربط يعكس حرص الإسلام على طهارة التعامل بين الناس وعدم أكل حقوق الآخرين بالباطل بجميع صوره وفي سنامها "الربا" الذي جاء تغليظاً في النهي عنه لأثره الواضح في جميع المعاملات خاصة في عمدة المعاملات "البيع" "والشراء" (التجارة) وتكون المعاملة جوهر الدين (الدين المعاملة)، إذ فيه الوفاء بالعهد وحفظ المواثيق وأداء جميع الحقوق (وأحل الله البيع وحرم الربا)؛ لذا كان التغليظ في النهي والتحريم للربا يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : (حرمة مال الإنسان كحرمة دمه)[35].

تمثل السماحة في المعاملات في وقتنا الحاضر الوقاية والعلاج من الهرولة والاندفاع الشديد للمتعاملين وراء المنفعة (الفائدة) في أي معاملة تجارية بيعاً وشراء.

(ii)البيع الحلال :

من تحرى البيع الحلال والطيب في كل المعاملات تجنب الربا الذي هو من الموبقات المهلكات[36] إذ فيه تعطيل للمال بدلاً من استغلاله في طرقه المشروعه وبالتالي يكون أكلاً لأموال الغير بالباطل.

---

[32] سورة هود، الآيات ٨٤-٨٧.

[33] تفسير القرطبي، المجلد الخامس ٨٥/٩.

[34] الإسراء، الآية ٣٥.

[35] أخرجه أبو نعيم في الحلية ٣٣٤/٧.

[36] حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (اجتنبوا السبع الموبقات قالوا وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف وقذف المؤمنات الغافلات). متفق عليه، البخاري ٢٩٤/٥، ومسلم ٨٩.

يتمثل الربا في المعاملات المصرفية في الزيادة عن رأس المال الذي أقرضه المصرف، ولا يجدي بالطبع التبرير بأن المقرض (المصرف) استحق هذه الزيادة نظير رأس المال الذي أخذه العميل المقترض (المدين) وانتفع به في تحصيل الأرباح التي ربما تكون كبيرة وقد يكون ما أخذه المقترض بالربا أقل بكثير مما استفاده من المال المقترض وعلى هذا فقد استفاد كل من المقرض المرابي (المصرف) والمقترض. وهنا وجه البطلان إذ إن ربح المقترض غير مضمون أي جائز أن يخسر فهل من الحق أن يأخذ من الربح ولا يتحمل الخسارة خلافاً للمضاربة الإسلامية إذ فيه كل الحلال حيث الربح معين مثال أن يكون الربع أو النصف في حالة الربح وإلا فالغرم عليها عن الخسارة وبالتالي يكون محرماً أن يشترط المقرض (المصرف) لنفسه أي شرط يحقق له الفائدة لأن القاعدة الشرعية تقول : (كل قرض جر نفعاً فهو ربا).

لا بأس أن نشير هنا إشارة طفيفة لمنع القوانين السودانية للربا دون تفصيل أو بما هو معمول. حيث مُنع الربا في السودان أول مرة في دستور ١٩٩٨م[37] حيث نصت المادة (٨) منه: (تدفع الدولة نحو الاقتصاد القومي وتهديه بالتخطيط على أساس العمل والإنتاج والسوق الحر منعاً للاحتكار والربا والغش).

وجاء تنظيم الربا في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في الباب الرابع تحت عنوان "الإثراء بلا سبب مشروع" بالنص: (دون المساس بعموم احكام المادة ١٦٤، يعتبر ثراءً حراماً كل ثراء تحقق نتيجة نصب مال الغير أو تم الحصول عليه من طريق عقد باطل أو خلافاً لأحكام القانون، وعلى وجه الخصوص يعتبر ثراءً حراماً: (د) كل مال تم الحصول عليه نتيجة لمعاملات وهمية تخالف الأصول الشرعية).

يلاحظ أن المشرع هنا لم يصرح بالربا إنما جعله صورة من صور الثراء الحرام، إلا أن هنالك إشارة صريحة للربا في عقد القرض وذلك بالنص في المادة (٢٨١) من قانون

---

[37] إلهام عثمان حمد وآخر، "الربا في الشريعة مقارنة بالقوانين العقابية والمعاملات في السودان" مجلة العدل؛ العدد السادس عشر، ديسمبر ٢٠٠٥م، ص٨٨.

المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م: (إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض ألغي الشرط وصحح العقد).

أما قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م فقد منع التعامل بالفائدة (الربا) صراحة في أي اتفاق أياً كانت طبيعته وبالتالي أوجب على المحكمة في حالة وجود شرط الفائدة إلا تحكم به (المادة ١١) جدير بالذكر أن هذه الفائدة كانت موجودة في القوانين الإجرائية، لذا لم تشر القوانين الإجرائية العقابية السابقة إلى الربا كجريمة متعارف عليها كما في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ (النافذ) حيث جاء تحريمه في قانون الثراء الحرام والمشبوه لسنة ١٩٨٦م (تعديل ١٩٩٦) ويلاحظ أن التعديل تم نتيجة انتشار أنواع من المعاملات المالية الربوية في السوق السوداني كبيع النقد الأجنبي بالأجل مع الزيادة في الثمن أو العكس، والشراء للنقد الأجنبي مع خفض الثمن، والبيع الصوري للسيارات وإعادة جدولة الشيكات، وبصورة ملحوظة في قطاع الزراعة لحاجة المزارع للمال. ولا نحتاج القول أن رأس المال من أهم عوامل تنمية القطاع الزراعي بكونه الركيزة الأساسية لتوفير مستلزمات العمليات الزراعية إذ يعوز الزراعيين المال الكافي؛ لذا يلجأون إلى الاقتراض الأمر الذي يجعل من التمويل ضرورة لإنجاح الإنتاج الزراعي[38]. من التمويل بتوفير الأموال لجميع مراحل الزراعة وتقديم المشورة والتقنية لزيادة الإنتاج.

ومن المفيد أن نذكر أن الدولة سعت إلى وضع سياسة تمويلية هدفت إلى تحسين أداء القطاع الزراعي بتبني التمويل الكامل لعمليات الزراعة عن طريق المصارف التجارية والمصارف المتخصصة كالبنك الزراعي وذلك:

- بتخصيص نسبة لا تقل عن ٤٠٪ من السقوف الائتمانية للتمويل الزراعي وزيادة رأس مال البنك الزراعي والتوسع في فروع البنك وإنشاء محفظة البنوك التجارية، واستحداث وسائل جديدة لتيسير الائتمان لصغار الزراعيين.

---

[38] يعد التمويل الزراعي من أهم عمليات التمويل في السودان بكونه يؤثر في قطاعات الأنشطة الاقتصادية الأخرى إذ يمثل ٤٣٫٨٪ من الناتج الإجمالي ويسهم بـ ٦٢٪ من قيمة الصادرات ويستوعب ٧٥٪ من الأيدي العاملة في البلاد للفترة من ١٩٩٢–٢٠١١م.

- العمل على تخفيض تكلفة التمويل لتكون في حدود ٤٪.
- تشجيع تجارب صناديق التمويل الذاتي.
- بالإضافة إلى الدعم المباشر للحكومة المركزية وحكومات الولايات للزراعة (كدعم الولاية الشمالية للمزارعين بالجازولين).

ظهرت في مناطق الزراعة الآلية بالقضارف صور من الربا منها:

(أ) **صورة بيع الكتفلي:**

الذي يتم في صورة قيام المزارع لحاجته إلى المال لزراعته باللجوء إلى صورة بيع العينة (الربا)؛ يطلب المزارع النقد من المرابي مثال مبلغ ثلاثة آلاف جنيه فيبيعه الأخير سلعة معينة مثلاً سمسم بيعاً مؤجلاً بمبلغ ٤ آلاف جنيه لمدة أربعة أشهر ثم يعود البائع في نفس اللحظة فيشتري السمسم بثلاثة آلاف ونقداً وهو المبلغ الذي يحتاج إليه المزارع وتعود السلعة (السمسم) إلى بائعها الأصلي، بل في كثير من الأحيان لا يكون هناك سلعة أصلاً.

(ب) صورة "بيع التركيبة" (ربا الديون):

"التركيبة" لفظ محلي يطلق على الديون المركبة، حيث يعجز المزارع (طالب النقد) عن سداد ديونه التي أصلها أيضاً معاملات ربوية سابقة فيأتي إلى الدائن (المرابي) فيقدم من الضمانات إن وجدت وإلا مد له في الأجل مقابل أن يدفع المزارع مبلغاً على هذا الأجل أو يقدم ضماناً آخر وهكذا تصبح الفائدة مركبة.

(ج) صورة (الملص) [39] :

هو عبارة عن تنازل عن جزء من الدين في مقابل سداد ما تبقى منه ويتخذ صور متعددة أشهرها تتم عند تراكم الديون على المدين (المزارع) يجد نفسه مضطراً للتسليم ببيع صوري آخر مع المرابي الذي يقبل ما تبقى من التزامات عليه وفي بعض الأحيان يبقى المدين في السجن انتظاراً للمحاكمة على شيكات قام بتحريرها ارتدت لعدم

---

[39] هو سداد مبلغ من الدين مقابل التنازل عن جزء منه.

كفاية الرصيد حينها يرسل إلى المرابي، من يتفاوض معه على أن يتنازل عن ٥٠٪ من الديون ويقوم بتدبير الـ ٥٠ ٪ الأخرى.

(iii) عدم التحكم في المال :

التحكم في المال من المحرمات بل أشد أثراً كاحتكار النقود والإتجار بها بالفائدة، أي دون توجيه هذه النقود نحو التداول دون تجميدها. من صور التحكم تقليص قيمة العملة الوطنية وهو يعرف "بالكسر" لاشك أن هذه الصور تدخل في أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم)(40).

(vi) النظرة إلى ميسرة :

(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون)(41) (ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة)(42). (من مشى مع أخيه في حاجة حتى تتهيأ له ثبت الله قدمه يوم تزل الأقدام)(43).

ما يهمنا دون التفصيل للموقف الفقهي لقاعدة الميسرة الإشارة إلى الجانب الإجرائي في تطبيق القاعدة كمهلة تمنح للمدين بدين مستحق الأداء نظراً لعسره. بهذا المعنى تعد "نظرة الميسرة" نوعاً من أنواع الأجل (تأجيل دين)؛ وقد يكون "الأجل" اتفاق يتم تحديده باتفاق طرفي المعاملة أو أجل قانوني يحدده القانون. المهم بيانه أن نوعي الأجل لا يثيران مشكلات قانونية تذكر في مجال المعاملات المالية خلاف الأجل القضائي "نظرة الميسرة"، حيث يتدخل القاضي في أعمالها في تنفيذ العقد؛ وذلك بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين أو المنصوص عليه في القانون. هذا الإجراء القضائي وإن كان يبدو أنه خرق لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وخروج على

---

(40) سورة التوبة، الآية ٣٤.

(41) سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

(42) رواه مسلم.

(43) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٣٤٦/١٢ عن ابن عمر.

القوة الملزمة للعقد من جانب، وخروج على مبدأ حيادية القاضي بعدم تعديه للعقد بتعديل آثاره من جهة أخرى، إلا أنه من حسن التعامل يقره الفقه الإسلامي إذ قصد منه تيسير ومراعاة مصالح العباد وقضاء حوائجهم[44] وأقره جميع الفقهاء المسلمين بلا مخالف وأقره القرآن الكريم والسنة الشريفة (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون)[45]. وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه أبي هريرة رضي الله عنه قال (كان تاجر يداين الناس فإذا رأي معسراً قال لفتيانه تجاوزوا عنه لعل الله أن يتجاوز عنا فتجاوز الله عنه)[46].

يتمثل الإجراء العملي في قرار تأجيل الديون الذي يتم من قبل بعض المصارف خاصة التجارية منها بتسليف العملاء كالزراعيين كمثال من البنك الزراعي بمهلة تمنح لهؤلاء المزارعين وصغار المولين عن طريق السلطات كإجراء تشريعي أو قرارات إدارية لجماعة من المزارعين أو مزارعي منطقة معينة (جماعية)، خلافاً لقاعدة نظرة الميسرة إذ تكون المهلة فردية تمنح من قبل القاضي لمدين معين كإجراء استثنائي. يلاحظ أن الإجراء التشريعي قائم على فلسفة حماية المصلحة الاجتماعية في عدم انهيار الائتمان لهذا نعتقد أنه أكثر فاعلية لأثره الجماعي من نظرة الميسرة في قطاع مهم كقطاع الزراعة إذ إن من مشكلاته الرئيسية ضعف التمويل وكفاءة استخدامه، وذلك لتدهور موارد البنك الزراعي نتيجة للإعسار الناتج من تعاملات وتعاقدات البنك الخارجية في ظل التضخم وتدني سعر الصرف الأمر الذي يؤدي إلى اتساع الفجوة التمويلية وتدني حجم التمويل الزراعي[47]، ومن جهة ثانية فإن إعمال إجراء تأجيل

---

[44] محمد إبراهيم بنداري "نظرة الميسرة في المعاملات المدنية الإماراتية، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة التاسعة، العدد الثاني، ربيع الآخر، ١٤٢٢هـ ص٢٨٧.

[45] البقرة، ٢٨٠.

[46] صحيح البخاري، ج٣، ص٨٦.

[47] في خلال الفترة من عام ١٩٩٢-٢٠٠١ تدنى التمويل الزراعي بالدولار من ٢١٦٫٨ مليون دولار عام ١٩٩١ إلى ٦٥٫٨ مليون دولار عام ١٩٩٣ إلى ١٩ مليون دولار عام ١٩٩٤ إلى ١٩٫٩ مليون دولار في عام ٢٠٠١. د.سعد، عصام الدين عبد الوهاب بوب، ص٤٧.

الديون يقطع سريان استمرار الفوائد والمقاصة خلافاً أيضاً لنظرة الميسرة، إذ لا تتوقف الفوائد ولا المقاصة من تحقق الشروط. هنالك خلاف جوهري متعلق بسلطة القاضي إذ في إعمال قاعدة (نظرة الميسرة) إذ يضع القاضي اعتبارات عديدة لظروف المدين: حالته المادية وحسن نيته بل وحتى ظروف الدائن نفسه، بالإضافة إلى الحالة الاقتصادية بالبلاد.

ثانياً: الضوابط الشرعية والمجهودات العملية لتأصيل المعاملات في السودان :

من المجهودات الظاهرة والعملية لتأصيل المعاملات في السودان محاولات المشرع منذ سنوات سابقة التي توجت بالقرار الوزاري رقم (٢٥) بتاريخ ١٢ محرم ١٤١٧هـ الموافق ١٩ مايو ١٩٩٧م الذي تم بموجبه تكوين لجنة عليا لتأصيل قوانين ونظم مؤسسات القطاع الاقتصادي وتقييم ما تم من أعمال في هذا الخصوص، إذ جاء في اختصاص اللجنة (٧) تنقية المعاملات التجارية والمالية من شوائب الربا والمخالفات الشرعية على مستوى المبادئ والأحكام.

يصاحب ذلك إعمال المبادئ الرئيسية لشرعية المعاملات كالعدالة في التوزيع والمنافسة وإزالة الغش وغيرها من المبادئ الشرعية.

عليه يسهل وضع الضوابط إن كانت ضوابط عامة التي تجمل في حرص إجراء الأمانة بمعناها الواسع، كالصدق، حسن الخلق والوقاية من فتنة المال وغيرها والضوابط الخاصة التي سوف تجد منا إشارة خاصة كالضوابط الواجبة على الدين نفسه وهي:

(i) عدم التداين المفرط :

من مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات كراهية الدين وثقل الذمة المالية[48] استعاذ رسولنا الكريم من الدين وغلبة الرجال، وتوعد المدين بخطورة الدين في قوله صلى الله عليه وسلم (يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين)[49] هذا بالنسبة للديون الحقيقية، أي

---

[48] سامي إبراهيم السويلم، التكافل الاقتصادي بين الربا والوريق، ندوة البركة الرابعة والعشرين، أكتوبر، ٢٠٠٣م.

[49] صحيح مسلم ٣/٢، (١٥٠) حديث رقم ١٨٨٦.

التي نشأت مقابل منافع حقيقية فما بالنا بالدين الذي نشأ دون مقابل منافع حقيقية بل وهمية. لذا لا غرو أن يكون الدين والتداين المفرط السبب الرئيسي للأزمة المالية العالمية فالرهن العقاري موّل بالقرض (الدين) وبإفراط فيه وما يترتب من عُسر المدين وتوقفه عن سداد الدين بسبب الارتفاع المتوالي لأسعار الفائدة، لذا الحل في عدم الإقراض ابتداءً وإن حصل أن تقيم قيمة الدين بأمثالها صفة وقدراً وفي زمانه كما قال الشرع. أحسن القانون السوداني إذ نص في المادة (٨٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م على: (إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير).

(ii) العمل على حفظ الحقوق بكتابة الدين :

يرى البعض أن كتابة الدين واجبة بحجة أن الله سبحانه وتعالى شرع الشرائع تلبية لحاجة الإنسان وحفظاً لحقوقه وألا تضيع الحقوق (إذ من ترك شيئاً من الشرع أحاجه الله إليه)[50]. لذا يذكّر الله سبحانه وتعالى العبد بالكتابة في كل الأمور المؤجلة كالديون لئلا يكون هناك لبس في أصل الدين أو قدره أو جنسه، على أن تكون الكتابة موثقة أمام شهود.

النتائج والتوصيات

١- لا يوجد خلاف كبير في وظيفة النقود في كل من النظام الإسلامي والنظام التقليدي إلا أن الخلاف متحقق في السياسة النقدية (توظيف النقود) القائمة على مصدرية النظام المالي في النظام الإسلامي بقيمه ومثله.

٢- تعتمد نظم التمويل المعاصرة بشكل كبير على الإقراض بفائدة (ربا) وفي صورة أشد (توريق الديون) مما يعود في النهاية إلى إحداث الأزمات المالية.

٣- مبدأ التيسير (النظرة إلى ميسرة) على المقترض من ضوابط الائتمان واستقرار الأداء المالي خاصة إذا تحقق بإجراء تشريعي جماعي بدلاً من أن تكون مهلة فردية لمدين معين.

---

[50] فتاوى المجمع، مرجع سابق، يرى الجمهور أن كتابة الدين ليست واجبة نظراً لحرص الإنسان على حقه.

٤- ضرورة بحث البدائل الشرعية لبيع الديون في المعاملات المصرفية الإسلامية لمواجهة الصعوبات العملية في ممارسة البنوك الإسلامية الناتجة عن عدم التزام كثير من الدائنين (العملاء) بوفاء دينهم بدعوى الإعسار على غرار تضمين الصناع.

٥- الحل في:

أ- تأصيل المعاملات القائمة على سماحة الإسلام.

ب- تحول كامل للقطاع المصرفي بما فيه التقليدي إلى النظام الإسلامي مما يُوقع على البلاد الإسلامية مسئولية اجتماعية أكبر عبر مصارفها الإسلامية في تنفيذ الائتمان والتمويل.

ج- تجلية وإظهار الغرض القانوني لآيات القرآن الكريم كآية الدين الحاكمة لضمان شرعية المعاملات مع نشر وتطبيق الفتاوى الشرعية الصادرة بشأنها من قبل المجامع الفقهية.

المراجع والمصادر

١- ابن عابدين، رد المحتار ٢٢٤/٤.

٢- أبوبكر جابر الجزائر، منهاج المسلم.

٣- أحمد خالد بابكر، آداب التجارة والمعاملات، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، العدد الخامس، رمضان ١٤٢٠هـ- ديسمبر ١٩٩١.

٤- أحمد محي الدين أحمد، تساؤلات أساسية حول تأصيل العمل المصرفي والسياسات المصرفية.

٥- أكرم على محمد يوسف، "دور الهيئة العليا للرقابة الشرعية ببنك السودان في تأصيل العمل المصرفي"، مجلة العدل، العدد الثلاثون، أغسطس، ٢٠١١م.

٦- إلهام عثمان حمد وآخر، "الربا في الشريعة مقارنة بالقوانين العقابية والمعاملات في السودان" مجلة العدل؛ العدد السادس عشر، ديسمبر ٢٠٠٥م.

٧- الإمام حجة الإسلام أبي بكر احمد بن على الرازي الجصاص الحنفي، المتوفى سنة ٣٧٠هـ، "أحكام القرآن"، المطبعة البهية المصرية، إدارة الملتزم، ١٣٤٧هـ، ٢٤٧/١.

٨- تفسير القرطبي، المجلد الخامس ٨٥/٩.

٩- سامي إبراهيم السويلم، التكافل الاقتصادي بين الربا والوريق، ندوة البركة الرابعة والعشرين، أكتوبر، ٢٠٠٣م.

١٠- سعد عبدالله أكرم، د.عصام عبدالوهاب بوب، "التمويل المصري في لقطاعات التنمية الزراعية"، مجلة حوض النيل، العدد العاشر، سبتمبر، ٢٠٠٧.

١١- صابر محمد الحسن، "السياسة النقدية في التطبيق الإسلامي المعاصر"، الندوة الأولى لتأصيل النشاط الاقتصادي.

١٢- الصديق محمد الأمين الضرير، " بيع الديون"مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ١٤٢٢هـ- ٢٠١١م.

١٣- عبدالرحمن محمد بن خلدون (مقدمة ابن خلدون) ط٤، دار إحياء التراث العربي.

١٤- فتاوى المجمع (الكتاب الأول) ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة.

١٥- محمد إبراهيم بنداري "نظرة الميسرة في المعاملات المدنية الأماراتية، دراسة مقارنة"، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، دولة الأمارات العربية المتحدة، السنة التاسعة، العدد الثاني، ربيع الآخر، ١٤٢٢هـ.

١٦- محمد الحسن مكاوي بحث "التمويل الخارجي في السودان".

١٧- محمد عبدالعزيز، مقال "تقليص الاعتماد"، جريدة الأحداث السودانية، الخميس ٦ أكتوبر ٢٠١١،

١٨- نزيه كمال حماد، قلب الدين والأحكام الفقهية المتعلقة به في الفقه الإسلامي" مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة السعودية، العدد الحادي والثلاثون، رجب ١٤٢١هـ..

١٩- بحوث المؤتمر العلمي الحادي عشر، كلية الشريعة، جامعة جرش، ديسمبر ٢٠١٠.

Islamic Financial institution and international investment, Prof. Dr. Volkar Nieuhons.

٢/ الموقف الشرعي والقانوني من المحكمة الجنائية الدولية

إعداد الدكتور / بدر الدين عبد الله

عميد كلية الشريعة والقانون

جامعة غرب كردفان

المقدمة :

لقد برز في الآونة الأخيرة ونسبة لما يشهده العالم من اختلال في ميزان العدالة وسيطرة القطب الواحد والدولة الواحدة برز التفكير في إنشاء آلية جديدة للتطويع والسيطرة على بعض الشعوب وخاصة الشعوب المسلمة ذات التوجهات الإسلامية. وهذه الآلية هي ما تسمى بالمحكمة الجنائية الدولية وفي تعريفهم لها بأنها " عبارة عن هيئة قضائية مستقلة دائمة أسسها المجتمع الدولي بهدف محاكمة ومعاقبة مرتكبي أخطر الجرائم التي تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين ويؤثمها القانون الدولي وهي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب ". ومن المعلوم أن هذه المحكمة أنشأتها بعض الدول المعادية للإسلام وبحسب الواقع العملي والماثل لم تكن مستقلة كما في التعريف بل هي آلية كما ذكرنا تحركها بعض الدول كما شاءت.. ونحن في هذا البحث آلينا على أنفسنا كمسلمين في المقام الأول أن نقف على الإشكاليات الشرعية والقانونية التي صاحبت قيام هذه المحكمة بمعنى هل يجوز للمسلم أن يحاكم في محكمة غير إسلامية ؟ خاصة وإننا نلتزم بمقتضى العقيدة القاضية بأن الحكم لله في أصله ومن ثم لمن يحكم بما أنزل الله وهل يجوز تسليم المسلم للكافر لمحاكمته ؟ أما الإشكاليات القانونية فمنها ما يختص بمبدأ السيادة والحصانة كما أن هنالك إشكاليات سياسية واقعية صاحبت تطبيق نظام روما الأساسي ١٩٩٨م والقاضي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وكل ذلك سنبينه بإذن الله في هذا البحث...

خطة البحث :

سوف نتناول في هذا البحث عدة مباحث وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: الموقف الشرعي من التحاكم إلى المحكمة الجنائية الدولية وسائر محاكم الكافرين.

المبحث الثاني: الموقف الشرعي من التوقيع والمصادقة على نظام روما الأساسي ١٩٩٨م والخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وما يجب على الدول الإسلامية اتخاذه.

المبحث الثالث: الموقف الشرعي من تسليم المسلم للمحكمة أو الدول غير الإسلامية إذا طلبته.

المبحث الرابع: الإشكاليات القانونية التي صاحبت إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الخامس: الإشكاليات السياسية والواقعية التي صاحبت تطبيق نظام روما الأساسي ١٩٩٨م والقاضي بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

بالإضافة للنتائج والتوصيات ومن ثم المراجع.

المبحث الأول

الموقف الشرعي من التحاكم إلى المحكمة الجنائية

يجب أن يكون من المعلوم ضرورة وما لا يجوز الاختلاف فيه أن المسلم لا يجوز له أن يتحاكم في خصوماته التي بينه وبين أخيه المسلم إلى غير المسلم مهما كان الأمر لأنه بأبسط عبارة تحاكم إلى الطاغوت ولا يجوز لهما إلا التقاضي إلى قضاء إسلامي ولا يصح منهما إلا التوجه إلى قاضٍ مسلم يحكم بينهما بكتاب الله وسنة رسوله والقرآن الكريم والسنة النبوية قضيا به حيث لا يجوز للمسلمين أن يتحاكموا إلى غير حاكم بشرع الله وقد صور التحاكم لغير الله أو للمحكمة بأحد الاعتبارات الآتية :

أولاً : أنه تحاكم إلى الطاغوت :

فالله تعالى يقول: (ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أُنزل إليك وما أُنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً) [1].

وهذا الطاغوت المذكور في الآية الكريمة هو كعب بن الأشرف لعنه الله حين أراد بعض المنافقين التحاكم إليه دون رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله هذه الآية. ويطلق لقب الطاغوت على كل حاكم لا يحكم بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم حيث قال الآلوسي رحمه الله " الطاغوت هذا كعب بن الأشرف وإطلاقه عليه حقيقة بناء على أنه بمعنى كثير الطغيان أو أنه علم لقب له كالفاروق لعمر رضي الله عنه ولعله في مقابلة الطاغوت بمعنى الشيطان، وقيل أن التحاكم لكعب بن الأشرف تحاكم إلى الشيطان من حيث أنه الحامل عليه فنقله عن الشيطان إليه على سبيل المجاز المرسل [2].

فإذا كان التحاكم إلى كعب بن الأشرف تحاكم إلى الطاغوت ! فماذا يكون التحاكم إلى المحكمة الجنائية القائمة على تكريس الظلم وإعانة الظالمين من كبراء الدول ومستكبري البشر.

ثانياً : التحاكم للمحكمة الجنائية أخذ بحكم الجاهلية :

والله تعالى يقول : (أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون).[3] فأهل اليقين من المؤمنين بالله ورسوله صلى الله عليه وسلم لا يقبلون غير شرعة الإسلام حكماً وغير قضاء الحاكم المسلم قضاءً لأنهم على يقين جازم قاطع أنه ليس في الأرضين حكماً أحسن من حكم الإسلام ولا قضاءً أوفق من القضاء بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وقد بدأ عدول المسلمين عن حكم الشريعة إلى

---

[1] سورة النساء، الآية ٦٠.

[2] أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي، تفسير الآلوسي، ج٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص١٠٨.

[3] سورة المائدة، الآية ٥٠.

التحاكم للقوانين الوضعية مع جنكيز خان التتاري الذي وضع لقومه (الياساق) وهو عبارة عن كتاب مجموع من أحكام قد أقتبسها عن شرائع شتى من اليهودية والنصرانية والملة الإسلامية وفيها كثير من الأحكام أخذها مجرد نظره وهواه فصارت في بنيه شرعاً متبعاً يقدمونها على الحكم بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ومن فعل ذلك منكم فهو كافر يجب قتاله حتى يرجع إلى حكم الله ورسوله صلى الله عليه وسلم فلا يُحكم سواه في قليل ولا كثير[4] وفي ذات المعنى يأتي حديث ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبغض الناس إلى الله عز وجل مبتغٍ في الإسلام سنة الجاهلية وطالب دم امرئٍ بغير حق ليريق دمه [5].

ثالثاً : التحاكم للمحكمة الجنائية تحكيم لغير الرسول برضى :

والله تعالى يقول : (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما) [6]. والاحتكام إلى المحكمة الجنائية الدولية أو غيرها من محاكم الكافرين بأي نوع من أنواع الخصومة بين المسلم وبين غيره من غير المسلمين، لا يكون إلا لاعتقادٍ أو ظن بأن حكم شريعة الإسلام فيه ظلم أو لا يوجد فيه عدل، حيث قال شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله " فيجب على المسلمين أن يحكموا الله ورسوله صلى الله عليه وسلم في كل ما شجر بينهم، ومن حكم بحكم البندق وشرع البندق، أو غيره مما يخالف شرع الله ورسوله وحكم الله ورسوله وهو يعلم ذلك، فهو من جنس التتار الذين يقدمون حكم " الياساق" على حكم الله ورسوله ومن عمد ذلك فقد قدح في عدالته ودينه " [7].

---

[4] تفسير بن كثير، ج ٢، ص ٦٤.

[5] أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، ج ١٠، ص ٣٧٤، وأصله البخاري

[6] سورة النساء، الآية ٦٥.

[7] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد، ج ٥، ط ١٩٩٧م، ص ٤٠٨.

رابعاً : التحاكم للمحكمة تحاكم إلى أظلم الناس :

يقول تعالى : (إن الشرك لظلم عظيم)[8] فإن كان الشرك هو أعظم الظلم فماذا يكون المشرك إلا أظلم الناس؟. ومن كان أظلم الناس هل يحتكم إليه عاقل ؟ فالإسلام لا يرضى بأهله أن يتحاكموا إلى المشركين الظالمين بأنفسهم وهو أعظم الظالمين لأنهم ظلموا أنفسهم بعبادة غير الله أو بأن أشركوا به غيره ومن كان ظالماً لنفسه فهو لمن سواه أظلم، ولا يقر عاقل البحث عن الإنصاف والعدل عند الظالمين فكيف يبتغي بعض المسلمين العدالة عند هؤلاء فيريدون التحاكم إلى محاكمهم وقضائهم فذلك لا ريب هو الضلال البعيد [9].

خامساً : التحاكم للمحكمة الجنائية باطل :

لأن المسلم إنما يتحاكم إلى قاضٍ مسلم بحكم كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه المحكمة الجنائية الدولية بمدعيها العام غير المسلم وبقية قضائها غير المسلمين وشرط القضاء أن يتولاه مسلم وأن يحكم بالشرع. ونص الفقهاء على شرط الإسلام فقالوا " وشرط القضاء الإسلام من أعظم السبل، ولأن الكافر غير مأمون ولا موثوق به " [10] وقال القاضي عياض رحمه الله " وشروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها.. الإسلام ولا تصح من الكافر اتفاقاً أي لا تصح ولاية القضاء من الكافر [11].

---

[8] سورة لقمان، الآية ١٣.

[9] أ. د. عبد الله الزبير، الموقف الشرعي من قرار المحكمة الجنائية في حق الرئيس البشير، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص١٩-٢٠.

[10] ابن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج ١، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، ٢٠٠٥م، ص ٣٩.

[11] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج ١، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٥م، ص ٢١.

سادساً : لا تقبل شهادة الكافر فكيف يقبل قضاءه ؟ :

فشرط قبول الشهادة أن يكون الشاهد مسلماً إذا كان المشهود عليه مسلماً باتفاق الفقهاء [12]. وذلك لأن الله تعالى قد حدد صفة الشاهد وقيدها بما يمنع قبول شهادة غير المسلم على المسلمين قال تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم) [13]وغير المسلمين ليسوا منا ، فلا نشهدهم ولا تُقبل لهم شهادة على أحدنا وقال تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) [14]. وتقييد الشاهد أن يكون من رجالنا يخرج غير رجالنا وهم غير المسلمين وقال تعالى : (ممن ترضون من الشهداء) [15].

ولا يجوز لمسلم أن يرضاهم شهوداً على المسلمين لأنهم كذبوا على الله وأفتروا عليه ومن كان ذلك حاله فهو بمن دون الله أكذب وأبعد إفتراءً. وقال مهنا بن يحيى للإمام أحمد بن حنبل : أرأيت إن عُدلوا ؟ قال : فمن يعدلهم ؟ العلج منهم ؟ وأفضلهم يشرب الخمر ويأكل الخنزير فكيف يُعدل ؟ واستدلوا على عدم قبول شهادتهم حتى على بعضهم بالآية : (ممن ترضون من الشهداء) ويرى الإمام الشافعي أن من كذب على الله فهو أولى أن يُكذب على مثله من إخوانه وأقرب[16].

المبحث الثاني

الموقف الشرعي من التوقيع والمصادقة على نظام روما الأساسي

طريق البحث عن الموقف الشرعي من التوقيع على اتفاقية أو ميثاق هذه المحكمة هو أن نصنف هذه الاتفاقية أو هذا الميثاق بموجب ما تصح به المواثيق في شرعنا الحنيف. فإن أي اتفاق أو ميثاق يُعرض على المسلمين يجب أن يتأكد المسلمون على

---

[12] ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ ص ٤٣٥.

[13] سورة الطلاق، الآية ٢.

[14] سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

[15] سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

[16] ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ١٣٧-١٤٠.

موافقة تلك المعاهدة أو الميثاق للشريعة الإسلامية فهذا هو الأساس الذي عليه تُقبل الاتفاقيات والمعاهدات وترد ولا خير في رئيس دولة إسلامية إن لم يتأكد من موافقة ما سيوقع عليه من الاتفاقية أو المعاهدة لشريعته.

وإذا عرضنا الشروط التي وضعها فقهاؤنا استقراءً للشريعة واستدلالاً بها على حقيقة وأهداف هذه المحكمة الجنائية نجد الآتي :

<u>أولاً :</u> من شروط صحة المعاهدات والاتفاقيات والمواثيق ألا تمس أحكامها ومواد نظامها قواعد الشريعة العامة فيجب ألا تخالف نصاً شرعياً وألا تحتوي على ما لا يجوز لنا فعله أو إقراره أو العمل به. قال الإمام الشافعي : " إذا صالح الإمام على ما لا يجوز فالطاعة نقضه ".

وقال النووي : " أن يخلو من الشروط الفاسدة فإن عقدها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم أو يرد إليهم المسلم الذي أسروه وأفلت منهم، أو شرط ترك مال مسلم في أيديهم فهذه شروط فاسدة ".

وعلى هذا فميثاق المحكمة الجنائية الدولية يقوم على أمور باطلة في الشرع ومن ذلك :

١- الحكم بغير ما أنزل الله وهذا لا يجوز باتفاق الأمة ولا خلاف بين الناس أن هذه المحكمة لا تحكم بما أنزل الله وبالتالي لا يجوز التوقيع والمصادقة على ميثاقها.

٢- أن قضاة هذه المحكمة ليسوا مسلمين وقد ذكرنا ذلك في المبحث السابق وأن من شروط صحة القضاء المجمع عليها إسلام القاضي لأن غير المسلم ليس أهلاً للولاية على المسلمين لأن الله تعالى لم يجعل له على المؤمنين سبيلا والولاية على المسلمين بالقضاء من أعظم السبل. وعلى هذا لا يجوز التوقيع والمصادقة على ميثاق هذه المحكمة.

<u>ثانياً :</u> نص المحققون من أهل الفقه على أن المعاهدات والاتفاقيات والمواثيق التي تبرم مع غير المسلمين شرط الموافقة عليها وقبولها الضرورة كما قال بذلك الكاساني " وشرطها الضرورة وعدم تحقق الضرورة لا بأس به " [17].

---

[17] علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، دار الكتب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م، ص ١٠٨.

فالسؤال أين الضرورة في قيام هذه المحكمة المشوهة ؟ بل ثبت من ممارسة قضاة هذه المحكمة أن وجودها إهدار للضروريات وإضاعة لها إذ في الاستجابة لمطالبهم على سبيل المثال تسليم بعض حكام المسلمين إليهم لمحاكمتهم - إهانة للإسلام والمسلمين - وهذا مساس بضرورة حفظ الدين وفيه تخلٍ عن الحفاظ عليهم والحفاظ عليهم ضروري إذاً فوجود هذه المحكمة فيه إهدار للضروريات وبالتالي لا يصح التوقيع على ميثاقها والمصادقة على نظامها الأساسي.

ثالثاً : من الشروط التي وضعها فقهاء الأمة لصحة أي معاهدة أو ميثاق يوقعه المسلمون أن تكون فيه مصلحة محققة للمسلمين فإذا لم توجد مصلحة شرعية ظاهرة للمسلمين فلا تجوز المصادقة عليها بالإجماع. قال في البحر الرائق " لا يجوز بالإجماع إذا لم يكن فيه مصلحة " [18].

وبعد استعراض الشروط السابقة التي أوردها الفقهاء لم نجد ما ينطبق على ميثاق روما وعليه لابد للدول الأعضاء من المسلمين الانسحاب من هذا الميثاق وذلك استناداً على قوله صلى الله عليه وسلم " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة " [19].

والمسلمون عند شروطهم فيما أحل بخلاف ما حرم فلا يجب بل لا يجوز الوفاء به [20]. وأقل ما فيه عدم التعاون معها لأن التعاون معها تعاون على الإثم والعدوان والله تعالى يقول : (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب)[21]. فقد توعدت الآية أولئك بشديد العقاب، على أنه جرم كبير

---

[18] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ج ٥، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية، ص ٨٥.

[19] أخرجه البخاري في صحيحه بالرقم ٤٤٤، ج ١، ص ١٧٤.

[20] زين الدين المناوي، التيسير بشرح الجامع الصغير، ج ٢، مكتبة الإمام الشافعي الرياض، الطبعة الثالثة ١٩٨٨م، ص ٤٥٧.

[21] سورة المائدة، الآية ٢.

وإثم عظيم وكما ذكرنا بأن الإمام الشافعي قد أعطانا قاعدة مفادها " إذا صالح الإمام على لا يجوز فالطاعة نقضه " [22].

ومن الفقهاء غير الشافعي من نص على أن كل عهد مع غير المسلمين ينقض إذا تجسسوا على المسلمين فهذا الفعل يجعل العهد ناقضاً [23].

فمن المعلوم أن المدعي العام وقضاة المحكمة الجنائية قد مارسوا التجسس على دولة السودان وكاتبوا اليهود بأخبار الجيش السوداني تحت ستار التحقيق والزيارات لمواقع الحدث وما تسمى بالمنظمات الطوعية ثم أُرسلت إلى إسرائيل بطلب منها فقد توفر عنصر التجسس وبالتالي ينقض ميثاق المحكمة الجنائية الدولية حيث لم يبق عذر في بقاء أي دولة إسلامية من الدول الأطراف المصادقة عليه ووجب عليها الانسحاب.

المبحث الثالث

الموقف الشرعي من تسليم المسلم للمحكمة الجنائية الدولية

إن المسلم الذي يطالب به الكفار لتسليمه لهم إما أن يكون قد فر منهم أو لجأ إلى الدولة المسلمة، وإما أن يكون من أهل الإسلام مستوطن مقيم في دولة الإسلام فالمسلم في الحالة الأولى يصدق عليه الرد أكثر من التسليم وفرق بين الرد والتسليم[24]. لأن الرد إعادة له إلى بلده الذي خرج منه أما التسليم فيراد به إرساله أو بعثه ابتداءً من دولة المسلمين إلى دولة غير المسلمين.

فالمسلم الذي فر من دولة غير إسلامية لجناية يعتبرها الإسلام جريمة ويعاقب عليها لابد أن يحاكم ولكن بحكم الإسلام لا بحكم الجاهلية ولذلك إما أن يشترط عليهم محاكمته بالشريعة الإسلامية وبقضاء إسلامي في بلادهم، فإذا اطمأن لالتزامهم بالشرط رده، إما أن يحاكم في الدولة التي لجأ إليها بحكم الإسلام ولا يرد

---

(22) الإمام الشافعي، الأم، مرجع سابق، ص ١٩١.

(23) ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ج ٢، ص ٢٠٩.

(24) زيادة بن عابد، تسليم المطلوبين بين الدول وأحكامه في الفقه الإسلامي، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص٢٠٦.

إليهم، إلا لضرورة سياسية أو أمنية تجبر الدولة لرده لقوله صلى الله عليه وسلم " يد المسلمين على من سواهم، تتكافأ دماؤهم وأموالهم، ويجير على المسلمين أدناهم ويرد على المسلمين أقصاهم " [25].

أما المسلم المقيم بين المسلمين في دولتهم وهذا الذي يعنينا أكثر فلا يجوز تسليمه للكافرين ابتداءً بأي حال مهما طالبوا به لمحاكمته وإن أجرم أو جنى على الناس جناية ولو هددوا المسلمين أو أخافوهم ولو توعدهم بالمقاطعة السياسية أو الاقتصادية أو الأمنية وغيرها فلا يجوز تسليم المسلم بحال.

أدلة ووجوه تحريم تسليم المجرمين :

الوجه الأول :

أن تسليم المسلم لدولة غير إسلامية بطلب منها فيه تسليط للكافر على المؤمن وجعل السبيل للكافرين على المسلمين، وقد قال تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) [26].

قال السعدي في معنى الآية " أي تسلطاً واستيلاءً عليهم " [27].

قال ابن العربي وفي ذلك ثلاثة معاني :

١- لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً يمحو به دولة المؤمنين ويذهب آثارهم ويستبيح بيضتهم.

٢- إن الله لن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا إلا أن تتواصوا بالباطل ولا تتناهوا عن المنكر فيكون تسليط العدو من قبلكم.

٣- إن الله لن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا بالشرع فإذا وجد ذلك بخلاف الشرع [28].

---

[25] أخرجه ابن ماجة في سننه، بالرقم ٢٦٨٥.

[26] سورة النساء، الآية ١٤١.

[27] عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تفسير السعدي، مؤسسة الرسالة بيروت، طبعة ٢٠٠٠م، ص ٢١٠.

[28] ابوبكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، ج ١، دار الفكر بيروت، ص ٥١٠.

الوجه الثاني :

أن المشاركة أو الموافقة على تسليم المسلم للدولة الكافرة أو محاكم الكافرين من أجل محاكمته أو التحقيق معه هو باب التعاون مع الكفار على الإثم والعدوان لأن حقيقة التحاكم للكافرين تحاكم إلى الطاغوت وهو إثم عظيم فيه عدوان على المسلم وقد قال تعالى : (و تعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب)[29] وعليه فتسليم المسلم للكفار ليحاكموه تعاون مع الكافرين على الإثم والعدوان لأنهم لو حاكموه مهما ادعوا من الحيدة والتجرد فسيحاكمونه بغير ما أنزل الله وهذا هو أعظم إثم وأكبر ذنب وربما كان ذلك كفراً أو فسقاً حيث يقول تعالى : (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون) [29] وقال تعالى : (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) [30].

الوجه الثالث :

أن الموافقة على تسليم المسلم لدولة كافرة والاستجابة لطلبهم بتسليمه فيه من هوان المسلمين ما يقطع القلوب ويحزن النفس والله تعالى أمرنا ألا نهون ولا نذل للكافرين لاستعلاء المؤمن على الكافر بإيمانه والله تعالى يقول : (ولا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون إن كنتم مؤمنين) [31].

الوجه الرابع :

أن في الموافقة على تسليم المسلم لدولة كافرة لمحاكمته وإجابة طلبها تناصر معهم وتوافق فيما يمس المسلم ويهينه ويؤذيه وهذا من أظهر معاني الولاء للكافرين فيدخل في تقريع الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا قوماً غضب الله عليهم) [32].

---

[29] سورة المائدة، الآية ٢.

[29] سورة المائدة، الآية ٤٧.

[30] سورة المائدة، الآية ٤٤.

[31] سورة آل عمران، الآية ١٣٩.

[32] سورة الممتحنة، الآية ١٣.

الوجه الخامس :

أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى المسلمين أن يسلموا مسلماً إلى عدوه مهما يكن الأمر وهذا هو مقتضى الأخوة الإسلامية استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه " [33]. وقال الحافظ بن حجر في شرحه للحديث المراد الإسلام لا النسب... وهذه الأخوة توجب حماية أخيه المسلم والدفع عنه [34].

الوجه السادس :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنع عن الاستعانة بالمشركين في قتاله للكفار مصرحاً بذلك في قوله " إننا لا نستعين بمشرك " [35].

قال ابن حزم : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أننا لا نستعين بمشرك) وهذا عموم مانع من أن يستعان به في ولاية أو قتال أو شيء من الأشياء إلا ما صح الإجماع على جواز الاستعانة به فيه كخدمة الدابة والاستئجار أو قضاء الحاجة مما لا يخرجون فيه عن الصغار[36] وقد قال الإمام مالك " أنه لا يجوز الاستعانة بالمشركين حتى على قتال المشركين إلا أن يكونوا خدماً أو نواتية " وحتى من يرون جواز الاستعانة يهم على قتال المشركين يشترطون شروطاً أهمها : أن يكون حكم الإسلام ظاهراً عليهم أما إذا كان حكم الشرك هو الظاهر فلا يجوز أن يستعان بهم حتى على قتال أخوانهم من المشركين[37].

الوجه السابع :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى المسلم من التخلي والتخاذل عن أخيه حيث يقول في ذلك " ما من امرءاً مسلماً في موضع تنتهك فيه حرمته وينتقص فيه من عرضه إلا خذله الله في موطن يجب فيه نصرته " [38].

---

[33] أخرجه البخاري في صحيحه بالرقم ٣٢١٠.

[34] الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ١٢، دار الريان للتراث القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ٣٢٤.

[35] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، بالرقم ١٧٦٥٦ والحاكم المستدرك بالرقم ٢٥٦٤.

[36] ابن حزم، المحلي بالأثار، ج ١١، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ص ١١٣.

[37] ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج ١٢، المغرب، وزارة الأوقاف، ١٣٨٧هـ ص ٣٦.

[38] أخرجه أبو داوود في كتاب الأدب، بالرقم ٤٨٨٤، ج ٤، ص ٢٧١.

الوجه الثامن :

أن تضييع مسلم بالتخلي عنه وخذلانه حتى يتمكن منه الأعداء بإساءة أو تنكيل أو تعذيب أو قتل لا توازيه منفعة ولا تفوته مفسدة فعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سأله : " إذا حاصرتم المدينة كيف تصنعون " قال : نبعث الرجل إلى المدينة ونصنع له هنة من جلود قال : " أرأيت أن رمي بحجر ؟ " قال : إذن يقتل فقال عمر رضي الله عنه فلا تفعلوا ! فو الذي نفسي بيده ما يسرني أن تفتحوا مدينة فيها أربعة الآف مقاتل بتضييع رجل مسلم"[39].

المبحث الرابع

الإشكاليات القانونية التي صاحبت إنشاء المحكمة الجنائية الدولية

بعد الاستعراض التام للموقف الشرعي من المحكمة الجنائية الدولية لابد من الوقوف على الإشكاليات القانونية التي صاحبت إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وهذه الإشكاليات والاعتبارات تتمثل في :

أولاً: الصلاحيات الواسعة التي منحها ميثاق روما ١٩٩٨م إما للمحكمة أو للمدعي العام أو مجلس الأمن بما قدح في حيادية المحكمة، فمن صلاحيات المحكمة أن نظامها الأساس منحها حق التدخل في شؤون الدول... وذلك عبر الآتي :

١- نصت المادة ٣/٣ على الأتي " للمحكمة أن تعقد جلساتها في مكان آخر عندما ترى ذلك مناسباً " [40] وهذا النص قد أعطى المحكمة الحق في أن تعقد محاكمات داخل إقليم دولة أخرى مما يعني التغول على سلطان الدولة وأن إقليم الدولة أحد أهم أركان سيادتها والتي أقرتها كل المواثيق الدولية.

٢- من حيث اختصاص المحكمة الجنائية الدولية والشروط المسبقة لممارسة هذا الاختصاص نجد أن فيه انتهاكاً صريحاً وخروجاً على مبدأ سيادة الدول وذلك كما في نص المادة ١٢/ب " إذا أحال مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع

---

[39] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، بالرقم ١٧٦٨٦.

[40] المادة ٣/٣، نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام للمحكمة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم قد ارتكبت " [41] فهذا النص لم يشترط فيه إذن الدولة وإنما مجرد الإحالة من مجلس الأمن تكون المحكمة مختصة وهذا كما ذكرنا يعد خروجاً على مبدأ السيادة.

٣- إطلاق يد المدعي العام للمحكمة بدخول إقليم الدولة المعنية وهذا يفهم من نص المادة ١/١٥ " المدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة " [42].

٤- عدم استقلالية المحكمة وهذا يتبين من نص المادة "١٦" " لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة أثني عشر شهراً بناءً على طلب مجلس الأمن " [43] وبهذا المعنى يتوقف قرار المحكمة على قرار يصدره مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب وبالشروط ذاتها وأيضاً أن المحكمة لا تستطيع البت مباشرة في قراراتها إلا بعد فراغ مجلس الأمن الذي أحال إليها القضية ومعلوم أن مجلس الأمن جهاز ذو طابع سياسي وليس قضائي.

ثانياً: أن نظام روما ١٩٩٨م يهدم أحد أهم المبادئ المعترف بها دولياً وهي الحصانة وقد نصت على ذلك المادة ٢/٢٧ " لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواءً كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي دون ممارسة المحكمة اختصاصاتها على هذا الشخص" [44] وهذا النص يصطدم بمسألة الحصانة التي يوفرها القانون الدولي لبعض الأشخاص كرؤساء الدول والحكومات ووزراء الخارجية والدبلوماسيين بوصفهم ممثلين لدولهم إذ تعتبر الحصانة نتيجة طبيعية وتطبيقاً عملياً لمبدأ استقلال الدولة وعرفاً تقليدياً مبنياً على أساس

[41] المادة ١٢/ب نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

[42] المادة ١/١٥ نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

[43] المادة ١٦ نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

[44] المادة ٢/٢٧ نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

المجاملة الدولية أو المعاملة بالمثل [45] ويزداد اليقين لعدم استقلالية المحكمة عند قراءة المادة ٢/٥٤ " يجوز للمدعي العام إجراء تحقيقات في إقليم الدولة " حيث لم يشر النص لإذن الدولة بدخول إقليمها.

ثالثاً: يُعاب على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عندما قرر النص على العقوبات التي يجب على المحكمة توقيعها أنه قد أغفل تماماً العقوبات التي نص عليها التشريع الإسلامي في مجال القود والدية وأحال الأمر فيها إلى المحاكم الوطنية [46].

فمن هنا يظهر جلياً أن المحكمة لم تعترف في نظامها الأساسي بالتشريع الإسلامي حيث تقرأ المادة ٧٧/أ " يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة (٥) من النظام الأساسي إحدى العقوبات التالية :

أ- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها ٣٠ سنة.

ب - السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان [47].

رابعاً : ويُعاب على المحكمة الجنائية الدولية ومن العقبات القانونية أن المحكمة الجنائية الدولية ليس لها قانون موضوعي يمكن تطبيقه فضلاً عن افتقارها للقوة التنفيذية الإلزامية أضف إلى ذلك أن بعض الدول نصت في قوانينها أن مواطنيها لا يخضعون للعقاب على جرائم غير منصوص عليها في قانونها الوطني وفي ذلك الولايات المتحدة الأمريكية[48].

---

[45] د. أحمد حسين السويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، مطبعة الحلبي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ١٠٦-١٠٧.

[46] المادة ١/٧٧ نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

[47] المادة ١/٧٧ نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.

[48] د. إبراهيم دراجي، المحكمة الجنائية الدولية ومفهوم السيادة، الخرطوم، ٢٠٠٦م، ورشة عمل، ص ٢٤.

المبحث الخامس

الإشكاليات السياسية والواقعية التي صاحبت تطبيق نظام روما الأساسي ١٩٩٨م

هنالك اعتبارات وإشكاليات تواجه إنشاء هذه المحكمة ولابد من الوقوف عليها وهي كالتالي :

أولاً : الاعتبارات السياسية :

أن إنشاء محاكم جنائية دولية يناقض مبدأ السيادة الوطنية والسيادة كما هو في القانون الدولي العام أحد عناصر ومكونات الدولة ولا تسمى الدولة إذا لم تكن لها سيادة وقد عرفت السيادة عدة تعريفات منها :

أ- أنها السلطة الآمرة العليا الأصلية التي تسمو فوق الجميع وتفرض نفسها عليهم[49].

ب- السيادة ما هي إلا مجموعة من الاختصاصات ممنوحة لحكومات الدول من قبل القانون الدولي ويجب أن تباشرها بحرية ودون ضغط خارجي [50].

ج- السيادة تعني أن سلطة الدولة سلطة آمرة عليا ، تستطيع فرض إرادتها على الآخرين بأفعال تصدر من طرفها وحدها وتكون قابلة للنفاذ أي دون موافقة المحكومين [51].

ويتضح من التعريفات أن السيادة أمر مقدس في واقع القانون الدولي وهو الفكرة الأساسية في استقلال الدول وبناءً على ذلك هناك اعتراضات منطقية على إنشاء قضاء دولي وهي :

١- المساس بالسيادة الوطنية.

٢- النزاع بين القانون الوطني والقانون الدولي.

٣- التسييس عندما يكون الأمر مرهوناً لمجلس الأمن الدولي.

---

[49] د. محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، الاسكندرية ١٩٩٦م، ص ١٧٠.

[50] د. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الجنائي الدولي، ص ٢٤٠.

[51] د. يس عمر يوسف، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٣٣.

٤- طغيان المعايير الذاتية المرتكزة على أغراض سياسية ويظهر هذا في تصريح (ريتشارد هاس) مدير تخطيط السياسات الخارجية عندما تعرضت الولايات المتحدة الأمريكية لهجمات (١١ سبتمبر ٢٠٠٩م) السيادة تترتب عليها الواجبات، أولها ألا تذبح شعبك وثانيها ألا تدعم الإرهاب بأي طريقة، وعندما تفشل حكومة في الالتزام بتلك الواجبات فإنها تخسر بعضاً من ميزات السيادة ومنها حريتها داخل حدود أراضيها، وقد تكتسب حكومات أخرى ومن ضمنها الولايات المتحدة الحق في التدخل، وفي حالات الإرهاب قد يؤدي ذلك إلى حق وقائي أو حاسم في الدفاع عن النفس [52].

ثانياً : الاعتبارات والعقبات السياسية والواقعية التي تواجه إنشاء قضاء جنائي دولي:

١- صعوبة إنشاء هذه المحكمة وذلك بسبب طبيعة العلاقات السائدة في المجتمع الدولي القائم حيث تسيطر الدول الكبرى من الناحية الواقعية السياسية على مقاليد الأمور في العالم على حساب بقية أعضاء المجتمع الدولي وهم الأغلبية ومن غير المتصور أن تؤيد الدول الكبرى إنشاء مثل هذا القضاء لأن غالبية انتهاكات القانون الدولي تقع من هذه الدول عادة فمن الطبيعي أن ترفض إنشاء مثل هذا القضاء الذي يعني قبولها المحاكمة والعقاب لنفسها خاصة أنه ليس هناك قائد سياسي مستعد لتأييد فكر إقامة محكمة جنائية دولية إذا ظل احتمال مثوله في قفص الاتهام فيها قائماً [53].

٢- ومن العقبات الواقعية أيضاً والتي تواجه المحكمة الجنائية الدولية ضعف الموارد المالية وهي تعتمد على التبرعات والهبات حسب نصوص ميثاقها.

٣- أغلب الدول العظمى لم تنضم إلى المحكمة الجنائية الدولية.

---

[52] بيتر سكاون، أمريكا الكتاب الأسود، الدار العربية للعلوم ٢٠٠٣م، ص ٩٠-١٣٦.

[53] انظر د. بدر الدين عبد الله، القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، ٢٠٠٣م، ص ١٦٧.

٤- الخوف من تطويع المؤسسات الدولية مثل مجلس الأمن وبالتالي ستظل مشكلة ازدواجية المعايير الانتقائية قائمة وخير دليل على هذا القول إصدار مجلس الأمن القرار رقم ١٤٢٢ للعام ٢٠٠٢م طالباً من قضاة المحكمة الجنائية الدولية إرجاء أي تحقيق أو مقاضاة تتعلق بأشخاص ينتمون لدول ليست أطرافاً في النظام الأساسي وتشارك في عمليات ينفذها مجلس الأمن أو يأذن بها لمدة ١٢ شهراً [54] أخلص إلى أن هناك مشكلات حقيقية تواجه هذه المحكمة الجنائية الدولية من الناحية الشرعية فيما يختص بالمسلمين حيث ثبت جلياً أن هذه المحكمة تتزعمها الدول الكفرية الصليبية وهي عبارة عن سيف مسلط في أيدي هذه الدول على الدول الإسلامية وذات التوجهات الإسلامية وأيضاً هناك مشكلات قانونية تواجه هذه المحكمة كما ذكرنا وتظهر من خلال الممارسة الفعلية كما اتضح ذلك في مفهوم السيادة ومدى المحافظة عليها وصونها وفق ما نص عليه ميثاق الأمم المتحدة واتفاقية فينا والتي تعطي الضمانات الأكيدة لعدم إلزامية الدولة باتفاقية لم تكن طرفاً فيها.

النتائج :

١- عدم جواز التحاكم لدى المحكمة الجنائية الدولية من قبل المسلمين خاصة وأنها محكمة كفرية تقوم على رعايتها الدول الكفرية الصهيونية والصليبية.

٢- تأكد لنا من خلال النصوص الشرعية (الكتاب والسنة) عدم تسليم المسلم لمحاكمته لدى محكمة لا تحكم بما أنزل الله تعالى.

٣- أيضاً تأكد لنا أن المحكمة الجنائية الدولية من خلال نصوص نظامها الأساسي تعمل على انتهاك سيادة الدول.

٤- تأكد لنا ازدواجية المعايير لدى المحكمة الجنائية على أرض الواقع خاصة وأن هناك جرائم ترتكب في العراق وأفغانستان وفلسطين ومع ذلك لم تحرك المحكمة ساكناً.

---

[54] د. عز الدين الطيب، الاختصاص الموضوعي لمحكمة العدل الدولية، مجلة العدل، العدد ٢٤ أغسطس ٢٠٠٨م، ص ١٠١، انظر مولانا/ محمد خليفة، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، الخرطوم، دار السداد، ص ٥٢.

التوصيات :

١- لابد من تحكيم شرع الله لدى المسلمين وذلك لا يتحقق إلا بوحدة هؤلاء المسلمين ومعرفة ما يحاك ضد الإسلام.

٢- وإن كان لابد من مسايرة نظام روما الأساسي والخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية فلابد أيضاً من الآتي:

أ/ تعديل المواد التي تعطي المدعي العام للمحكمة الحق المطلق.

ب/ حذف نصوص ميثاق روما التي تمنح مجلس الأمن الحق في إحالة النزاعات لأن مجلس الأمن جهاز سياسي وليس قضائي.

ج/ احترام السيادة الوطنية للدول.

د/ لابد من تحكيم العدل المقنع من قبل المحكمة الجنائية الدولية والبعد الكامل عن ازدواجية المعايير المعمول بها الآن وإدخال مواد الشريعة الإسلامية وقضاة إسلاميين كذلك.

المراجع :

١- القرآن الكريم.

٢- تفسير الألوسي، أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي.

٣- تفسير ابن كثير.

٤- تفسير السعدي، عبد الرحمن بن ناصر السعدي.

٥- أحكام القرآن، أبوبكر محمد بن عبد الله بن العربي.

٦- المعجم الكبير للطبراني.

٧- سنن ابن ماجة.

٨- السنن الكبرى للبيهقي.

٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لحافظ بن حجر العسقلاني.

١٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد.

١١- الأم، للإمام الشافعي.

١٢- بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني.
١٣- روضة الطالبين وعمدة المفتيين، للنووي.
١٤- التيسير بشرح الجامع الصغير زين العابدين المناوي.
١٥- مجموع الفتاوى، لابن تيمية.
١٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزية.
١٧- البهجة في شرح التحفة، ابن عبد السلام التسولي.
١٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين بن فريحون.
١٩- أحكام أهل الذمة، ابن القيم الجوزية.
٢٠- الموقف الشرعي من قرار المحكمة الجنائية الدولية في حق الرئيس عمر البشير (فقه المسألة)، أ.د. عبد الله الزبير.
٢١- تسليم المطلوبين بين الدول وأحكامه في الفقه الإسلامي، زياد بن عابد.
٢٢- المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري.
٢٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر.
٢٤- الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، د. أحمد حسين السويدان.
٢٥- دراسات في القانون الجنائي الدولي، د. محمد محي الدين عوض.
٢٦- النظم السياسية والقانون الدستوري، د. يس عمر يوسف.
٢٧- أمريكا الكتاب الأسود، بيتر سكاون.
٢٨- القانون الدولي الإنساني، د. بدر الدين عبد الله.
٢٩- المحكمة الجنائية الدولية، محمد خليفة حامد.
٣٠- نظام روما الأساسي ١٩٩٨م.
٣١- المحكمة الجنائية الدولية ومفهوم السيادة، د. إبراهيم دراجي، ورشة عمل الخرطوم ٢٠٠٦م.
٣٢- الاختصاص الموضوعي لمحكمة العدل الدولية، د. عز الدين الطيب، مجلة العدل، العدد ٢٤، أغسطس ٢٠٠٨م.

٣/ الملاءة المصرفية للمصارف السودانية
بالتطبيق على عينة من المصارف في الفترة من (٢٠٠٠-٢٠٠٧م)

د. أمير محمد دياب إسماعيل

عميد كلية التقانة والتنمية البشرية ـ جامعة دنقلا

مقدمـة :

لقد تم إعداد هذه الورقة لمعرفة مدى تمتع المصارف السودانية بالملاءة المصرفية ومدى استيفائها للمعايير المصرفية الدولية في هذا الخصوص والتي تصدر عن لجنة بازل أو غيرها إلا أن هذه المعايير الدولية بطبيعة تطورها لا تأخذ في الاعتبار طبيعة وخصوصيات الصيرفة الإسلامية ونتيجة لذلك تم تأسيس مجلس الخدمات المالية الإسلامية لتطوير معايير جديدة أو تعديل المعايير الدولية القائمة بحيث يأخذ في الاعتبار خصوصيات الصيرفة الإسلامية.

تم توزيع هيكل الدراسة كما يلي :

أولاً : الخطة والدراسات السابقة.

ثانياً : أدبيات الدراسة.

ثالثاً: الدراسة التطبيقية.

أولاً: الخطة والدراسات السابقة :

مشكلة الدراسة :

تتمثل مشكلة الدراسة في التساؤل التالي :

هل تتمتع المصارف الإسلامية في السودان بالملاءة المصرفية؟

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أهمية الملاءة المصرفية التي تعتبر شرطاً أساسياً لقدرة المصرف في البقاء والمنافسة.

فرضية الدراسة :

المصارف الإسلامية في السودان تتمتع بالملاءة المصرفية.

مناهج الدراسة :

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج الإحصائي الوصفي والتحليلي والاستقرائي والاستنباطي التاريخي.

حدود الدراسة :

عينة من المصارف الإسلامية العاملة في السودان في الفترة من ٢٠٠٠م وحتى ٢٠٠٧م.

مصادر البيانات :

تم الحصول على البيانات من الكتب والدوريات والمجلات العلمية ذات الصلة والرسائل الجامعية والتقارير السنوية الخاصة بالمصارف السودانية.

الدراسات السابقة:

تناولت دراسة (البشير، عبد الحميد، ٢٠٠٠م) كفاءة أداء البنوك الإسلامية في الشرق الأوسط من عام ١٩٩٣م إلى ١٩٩٨م وركزت هذه الدراسة على معايير معينة لتقويم كفاءة أداء البنوك الإسلامية في الشرق الأوسط من ضمنها المعايير المتعلقة برأس مال المصرف. ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هو أن المصارف الإسلامية حققت الكفاءة المطلوبة. ويأتي موضوع هذه الورقة مكملاً لمثل هذه البحوث التي تهتم بالعمل التقويمي للمصارف.

وكذلك تناولت دراسة (البساطي، محمد عبد الرحمن، ٢٠٠٣م) موضوع معيار كفاية رأس المال بالمصارف السودانية (الملاءة المصرفية حسب مقررات لجنة بازل في الفترة ١٩٩٧م وحتى ٢٠٠٢م وقد حدد مشكلة دراسته في أن المصارف السودانية تعاني من الضعف المالي والإداري الشيء الذي أقعدها وحدّ من قدرتها على القيام بدورها المطلوب والمتمثل في تحريك رؤوس الأموال وتوفير التمويل لمختلف الأنشطة الاقتصادية، بالإضافة إلى الوقوف حول مدى إيفاء المصارف السودانية بمعيار كفاية رأس المال وفق

مقررات بازل في الفترة من ١٩٩٧م وحتى ٢٠٠٢م. من أهم النتائج التي توصل إليها هو أن نسبة ٢٣٪ من المصارف العاملة تعاني من الضعف المالي في هياكلها المالية، المختلفة بما في ذلك تدني قاعدة رأس المال وضعف الاستثمار وقد تبنى بحثه عدداً من التوصيات من أهمها تحفيز المصارف لبناء قاعدة مالية قوية تقنية مصرفية متقدمة.

تناولت الدراسة السابقة موضوع المعايير الدولية وإمكانية تطبيقها على المصارف السودانية وأن النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي نتائج معقولة جداً إلا أن هذه الورقة ركزت في جانب واحد من تلك الجوانب الرقابية التي تناولها البحث السابق وهي موضوع الملاءة المصرفية للمصارف.

ثانياً: أدبيات الدراسة :

يتكون الجهاز المصرفي في السودان من ٢٥ بنكاً تعمل جميعها بالنظام المصرفي الإسلامي، منذ أن أعلنت الدولة تطبيق الشريعة الإسلامية في كل مناحي الحياة في السودان وذلك في سبتمبر ١٩٨٣م، (محمد، الهادي، ص٢). بشكل عام هنالك فروق كثيرة بين المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية، إلا أن أهمها هو الاختلاف في وظيفة رأس المال وفي هذا الخصوص يذكر (محمد، نصر الدين فضل المولى، ١٩٨٥م، ص١٩) أن أساس الاختلاف في وظيفة رأس المال بين المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية يتعلق بمفهوم المتاجرة بالملكية فالمصارف الإسلامية لا تعتمد على مفهوم المتاجرة بالملكية بل تخلط رؤوس أموالها بأموال أصحاب الودائع الاستثمارية وتبحث عن فرص للاستثمار بالمشاركة ويتحمل الجميع نتائج هذا الاستثمار. إن المصارف التقليدية تحقق أرباحها إعتماداً على أموال الغير سواء كان ذلك من خلال الودائع الحقيقية (النقدية) أو الودائع الافتراضية، أما رأس مالها فلا يمثل إلا قيمة بسيطة جداً وهو مجرد ضمانة لمباشرة عملياتها ومن ثم فإن أرباحها لا تعتبر نتاج رأس المال بقدر ما هي فائض قيمة مالي. (زينب عوض الله وأسامة محمد الفولي، ٢٠٠٣م، ص١٨٠).

مقررات لجنة بازل بشأن المعيار الموحد لكفاية رأس مال المصارف :

يوضح (الخطيب، سمير، ٢٠٠٠، ص٤١) بأن لجنة بازل تأسست من مجموعة الدول الصناعية الكبرى في نهاية عام ١٩٧٤م، تحت إشراف بنك التسويات الدولية بمدينة بازل بسويسرا، وذلك في ضوء تفاقم أزمة المديونية الخارجية لدول العالم الثالث، وازدياد حجم ونسبة الديون المشكوك في تحصيلها التي منحتها البنوك العالمية (خاصة البنوك الأمريكية)، وتعثر بعض هذه البنوك، وانتشار فروع البنوك خارج الدولة الأم. ولضمان سلامة النظم المصرفية على مستوى العالم فقد وافق محافظو البنوك المركزية بالدول الصناعية الكبرى الممثلين لاثنتي عشرة دولة (بلجيكا، كندا، فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، اليابان، هولندا، السويد، سويسرا، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية، لوكسمبرج)، وكذلك المجموعة الأوربية، خلال يوليو ١٩٨٨م على مقررات لجنة بازل بشأن المعيار الموحد لكفاية رأس المال، والذي يضع حداً أدنى للعلاقة بين رأس المال بمفهوم أكثر شمولاً من ناحية، وبين الأصول والالتزامات العرضية الخطرة المرجحة بأوزان من ناحية أخرى (والذي تم تحديده بمعدل ٨٪ بحلول نهاية ديسمبر ١٩٩٢م). وتتيح اتفاقية بازل لأي دولة أن تكون أكثر تشدداً.يضيف (غنيم، أحمد، ٢٠٠٥م ص٤١- ٤٢) بأن النسخة النهائية لاتفاقية بازل صدرت في يونيو ٢٠٠٤م بعد جهود شاقة ومستمرة امتدت عدة سنوات، تخللتها مشاورات ومناقشات وتعديلات واستطلاع آراء أطراف كثيرة، على مستوى بلدان متعددة. وقد تضمنت هذه الاتفاقية محاور ثلاثة وهي.

١- المتطلبات الدنيا لرأس المال.

٢- متابعة السلطات الإشرافية لكفاية رأس المال.

٣- انضباط السوق (الإفصاح العام).

المعايير الرقابية الدولية والمؤسسات المالية الإسلامية:

يرى (الحسن، صابر محمد، ٢٠٠٧م، ص٤- ٥) بأن هذه المعايير الدولية بطبيعة تطورها لا تأخذ في الاعتبار طبيعة وخصوصيات الصيرفة الإسلامية، وبالتالي ليس من

المناسب تطبيقها كما هي على المؤسسات الإسلامية، ولا بد من إدخال بعض التعديلات التي تجعلها مواكبة ومستوعبة لطبيعة الصيرفة الإسلامية دون أن يخل ذلك بدور ومفهوم تلك المعايير. مشكلة أخرى تواجه عملية الرقابة والإشراف على المؤسسات المالية الإسلامية هي عدم وجود إطار رقابي موحد تعمل في داخله كل المصارف المركزية في رقابتها لتلك المؤسسات.ولحل هاتين المشكلتين، عدم توافق المعايير الدولية مع طبيعة الصيرفة الإسلامية، وغياب الإطار الموحد للرقابة على المؤسسات المالية الإسلامية. اتفق عدد من البنوك المركزية في الدول التي بها وجود للمؤسسات المالية الإسلامية على إنشاء هيئة تعنى بمعالجة الأمر، وكنتيجة لذلك تم تأسيس مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) في نوفمبر ٢٠٠٢م، كهيئة عالمية للمعايير الرقابية من البنوك المركزية، والسلطات النقدية التي لديها مصلحة في تطوير سلامة واستقرار صناعة الخدمات المالية الإسلامية، وذلك عن طريق وضع إطار موحد للرقابة على المؤسسات المالية، وتطوير معايير جديدة أو تعديل المعايير الدولية القائمة، بما يتوافق والأسس الشرعية وخصوصيات الصيرفة الإسلامية، وبهذا المفهوم فإن مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) مكمل لأعمال بازل، وبما يتوافق مع متطلبات العمل المصرفي الإسلامي. وقد أصدر المجلس حتى الآن ثلاثة معايير منها معيار كفاية رأس المال، حيث تعتبر العماد الأساسي لبازل الثانية، إلا أن مجلس الخدمات المالية أدخل التكييف المطلوب ليأخذ في الاعتبار اختلاف طبيعة المخاطر التي تواجهها المؤسسات المالية الإسلامية في جانبي الأصول والخصوم، وأثر ذلك في نسبة المعيار.ومن ناحية الخصوم أدخل المجلس تعديلات تأخذ في الاعتبار طبيعة المخاطر التي تواجه حسابات الاستثمار في المصارف الإسلامية، حيث إن ودائع الاستثمار هنا وبخلاف النظام التقليدي غير مضمونة، وأن أصحابها يشتركون في الربح والخسارة فيما يليهم، وهم في هذه الحالة أشبه بمالكي المصرف. هذا الوضع له مدلولات في تحديد بسط النسبة في معيار كفاية رأس المال وقد قام مجلس الخدمات المالية الإسلامية باستيعاب هذه المدلولات بإدخال بعض التعديلات في كيفية تحديد بسط النسبة في المعيار.ومن ناحية الأصول فإن أدوات وعقود التمويل الإسلامي بطبيعتها تتضمن أنواعًا مختلفة من

المخاطر، من تلك التي يتعرض لها المصرف التقليدي، وقد أشرنا سابقاً إلى أهم هذه المخاطر التي لها مدلولات في حساب مقام نسبة كفاية رأس المال، والذي هو عبارة عن قيمة الأصول المرجحة بنسبة المخاطر، وقد قام المجلس بإدخال التعديلات المطلوبة. في هذا الأمر لم يبدأ عمل المجلس من فراغ وإنما بني على المجهودات السابقة، وبصفة خاصة على إعلان هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOFI) لعام ١٩٩٩م عن كيفية حساب معيار كفاية رأس المال للمؤسسات المالية الإسلامية.

ثالثاً: الدراسة التطبيقية :

يوضح (الشماع، خليل، ١٩٩٦، ص[٣]) أن من أهم النسب المالية لتحليل الرافعة ومتانة رأس المال (الملاءة المصرفية) هي :

١- نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية = رأس المال / مجموع الودائع المصرفية

٢- نسبة الرافعة (الرفع) المالي = مجموع الموجودات (الأصول) / حقوق الملكية = عدة مرات

مجتمع الدراسة:

يمثل مجتمع الدراسة مجموعة المصارف التجارية الإسلامية العاملة في السودان وعددها ٢٦ مصرفاً تجارياً تنتشر فروعها في ولايات السودان المختلفة، ويمكن التعرف على خصائص مجتمع الدراسة عن طريق إسقاط النتائج المستخلصة من دراسة العينة ومن ثم تعميم نتائج الدراسة على المجتمع كله.

عينة الدراسة:

يقول (موسى، بكري الطيب، ٢٠٠٤م، ص٨٤) أنه بشكل عام هناك نوعان رئيسيان من العينات هما :

أ. العينات الاحتمالية

ب . العينات غير الاحتمالية

العينة التي اختارها الباحث هي من نوع العينات غير الاحتمالية وهذا النوع من العينات لا يكون لكل مفردة فيها من مفردات مجتمع البحث نفس الفرصة في الاختيار في العينة، وتوجد هنالك عدة أنواع للعينات غير الاحتمالية، إلا أن الباحث اختار أن تكون نوع عينة البحث تحكمية وهي العينة التي يتم فيها اختيار المفردات التي يرى الباحث أن تشملها العينة. فقد تم اختيار عينة الدراسة من أربعة مصارف بناءً على نوع رأسمال البنك فقد تم تقسيم المصارف من حيث مصدر رأس المال إلى أربع مجموعات.

المجموعة الأولى: مصارف رأسمالها مشترك (أجنبي + خاص).

المجموعة الثانية: مصارف رأسمالها خاص.

المجموعة الثالثة: مصارف رأسمالها مشترك (حكومي + خاص).

المجموعة الرابعة: مصارف رأسمالها حكومي.

لقد تم اختيار مصرف من كل مجموعة لتجانس المجموعة من حيث رأس المال، حيث تم اختيار بنك النيل الأزرق المشرق من المجموعة الأولى، وبنك التضامن الإسلامي من المجموعة الثانية، ومصرف المزارع التجاري من المجموعة الثالثة،وبنك أم درمان الوطني من المجموعة الرابعة.وكذلك تم اختيار نموذج النسب المالية التي تم ذكرها آنفاً والتي تتكون من مؤشرين هما نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية ونسبة الرافعة (الرفع) المالي لاختبار فرضية هذه الدراسة، وسنبدأ ببنك التضامن الإسلامي.

١- تحليل الرافعة ومتانة رأس المال لبنك التضامن الإسلامي :

المؤشر الأول: نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية :

جدول رقم (١) - نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية في الفترة من٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م(المبلغ بملايين الجنيهات) :

السنة	رأس المال	إجمالي الودائع	نسبة ٪	المتوسط العام
٢٠٠٠	٣	٨٤	٤٪	
٢٠٠١	١٠	٩٤	١١٪	
٢٠٠٢	١٠	١٣٤	٨٪	
٢٠٠٣	٣٠	١٦١	١٩٪	
٢٠٠٤	٣٠	٢٢٢	١٤٪	
٢٠٠٥	٦٧	٢٦٩	٢٥٪	
٢٠٠٦	٦٧	٣١٠	٢٢٪	
٢٠٠٧	٦٧	٣٩٥	١٧٪	١٦٪

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك التضامن الإسلامي عن الأعوام ٢٠٠٠م – ٢٠٠٧م.

من خلال الجدول رقم (١) يُلاحظ الباحث ارتفاع نسبة الملاءة المصرفية بالنسبة لبنك التضامن الإسلامي، حيث بلغت في بعض السنوات ضعف الحد الأدنى المطلوب من لجنة بازل (٨٪) ماعدا عام٢٠٠٠م والذي كانت فقط ٤٪، عليه وبشكل عام يمكن القول بأن بنك التضامن الإسلامي يتمتع بالملاءة المصرفية.

المؤشر الثاني: نسبة الرافعة (الرفع) المالي :

جدول رقم (٢) - نسبة الرافعة (الرفع المالي) في الفترة من ٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	الموجودات (الأصول)	حقوق الملكية	½ = عدد مرات	المتوسط العام
٢٠٠٠	٢٠٨	١٧	١٢	
٢٠٠١	٢٢١	٢٠	١١	
٢٠٠٢	٢٩٠	٢٥	١٢	
٢٠٠٣	٣٣٩	٣٥	١٠	
٢٠٠٤	٤٣٤	٤٩	٩	
٢٠٠٥	٦١٦	٧٢	٨	
٢٠٠٦	٨٢٠	٩٧	٨	
٢٠٠٧	١,٠٥٢	١٣٨	٨	١٠مرات

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك التضامن الإسلامي

عن الأعوام ٢٠٠٠م – ٢٠٠٧م.

من خلال الجدول رقم (٢) يُلاحظ الباحث أن أصول بنك التضامن الإسلامي تغطي حقوق مالكيه بصورة جيدة لعدة مرات بلغت في متوسطها ١٠مرات وتميزت هذه التغطية بصورة متوازنة ومستقرة ولا يوجد بها تقلبات حادة.

٢- تحليل الرافعة ومتانة رأس المال لبنك أم درمان الوطني :

المؤشر الأول: نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية :

جدول رقم (٣) - نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية في الفترة من٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	رأس المال	إجمالي الودائع	نسبة ½	المتوسط العام
٢٠٠٠	١٣	٢١٠	٦٪	
٢٠٠١	١٩	١٩٩	١٠٪	
٢٠٠٢	٢٥	٢٩١	٩٪	
٢٠٠٣	٣٣	٤٦١	٧٪	
٢٠٠٤	٤٢	٧٠٤	٦٪	
٢٠٠٥	٦١	١,٢٥٢	٥٪	٧٪
٢٠٠٦	-	-	-	
٢٠٠٧	-	-	-	

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك أم درمان الوطني

عن الأعوام ٢٠٠٠م – ٢٠٠٥م.

من خلال الجدول رقم (٣) يُلاحظ الباحث انخفاض نسبة الملاءة المصرفية عن المعيار العالمي (٨٪) في السنوات ٢٠٠٠، ٢٠٠٣م، ٢٠٠٤م، ٢٠٠٥م. وبلغ المتوسط السنوي للملاءة المصرفية خلال فترة الدراسة حوالي٧٪.

المؤشر الثاني: نسبة الرافعة (الرفع) المالي:

جدول رقم (٤) - نسبة الرافعة (الرفع المالي) في الفترة من ٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	الموجودات (الأصول)	حقوق الملكية	½ = عدد مرات	المتوسط العام
٢٠٠٠	٤٦٦	٤٢	١١	
٢٠٠١	٧٠٩	٤٩	١٤	
٢٠٠٢	١,٢٣	٥٨	٢١	
٢٠٠٣	١,٨٧٩	٨١	٢٣	
٢٠٠٤	٢,٦٥٢	١١١	٢٤	
٢٠٠٥	٣,٤٣٤	١٧٩	١٩	٪١٩
٢٠٠٦	-	-	-	
٢٠٠٧	-	-	-	

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك أم درمان الوطني

عن الأعوام ٢٠٠٠م – ٢٠٠٥م.

من خلال الجدول رقم (٤) يُلاحظ الباحث أن أصول بنك أم درمان الوطني تغطي حقوق مالكيه بصورة جيدة لعدة مرات. حيث بلغ متوسط التغطية حوالي ١٩ مرّة.

٣- تحليل الرافعة ومتانة رأس المال لبنك النيل الأزرق المشرق:

المؤشر الأول: نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية :

جـدول رقـم (٥) - نسـبة رأس المـال إلى مجمـوع الودائـع المصـرفية في الفـترة من٢٠٠٠م ـ ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	رأس المال	إجمالي الودائع	نسبة ½	المتوسط العام
٢٠٠٠	-	-	-	
٢٠٠١	-	-	-	
٢٠٠٢	-	-	-	
٢٠٠٣	١٥	١٣٣	٪١١	
٢٠٠٤	١٥	١٢٦	٪١٢	
٢٠٠٥	١٥	١٦٢	٪٩	
٢٠٠٦	١٥	١٨٦	٪٨	
٢٠٠٧	٤٢	٢٠٨	٪٢٠	٪١٢

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك النيل الأزرق المشرق

عن الأعوام ٢٠٠٣م – ٢٠٠٧م

من خلال الجدول رقم (٥) يُلاحظ الباحث تحقيق المصرف للحد الأدنى المطلوب عالمياً للمـلاءة المصـرفية، بـل زادت عـن الحـد الأدنـى في سـنوات ٢٠٠٣م، ٢٠٠٤م، ٢٠٠٥ ،وبشكل عام فإن المتوسط السنوي للملاءة المصرفية بلغ نسبة ١٢٪.

المؤشر الثاني: نسبة الرافعة (الرفع) المالي :

جدول رقم (٦) - نسبة الرافعة (الرفع المالي) في الفترة من ٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م(المبلغ بملايين الجنيهات) :

السنة	الموجودات (الأصول)	حقوق الملكية	½ = عدد مرات	المتوسط العام
٢٠٠٠	-	-	-	
٢٠٠١	-	-	-	
٢٠٠٢	-	-	-	
٢٠٠٣	١٦٧	١٧	١٠	
٢٠٠٤	١٧٩	٢٤	٧	
٢٠٠٥	٢٦٣	٣٣	٨	
٢٠٠٦	٢٧٩	٤٤	٦	
٢٠٠٧	٣٥٦	٥٩	٦	٧,٤٪

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك النيل الأزرق المشرق

عن الأعوام ٢٠٠٣م – ٢٠٠٧م

من خلال الجدول رقم (٦) يُلاحظ الباحث أن أصول بنك النيل الأزرق المشرق تغطي حقوق مالكيه لعدة مرات بلغت في متوسطها ٧,٤ مرّة.

٤- تحليل الرافعة ومتانة رأس المال لبنك المزارع التجاري :

المؤشر الأول: نسبة رأس المال إلى مجموع الودائع المصرفية:

جـدول رقـم (٧) - نسـبة رأس المـال إلى مجمـوع الودائـع المصـرفية في الفـترة من٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	رأس المال	إجمالي الودائع	نسبة ٪	المتوسط العام
٢٠٠٠	-	-	-	
٢٠٠١	٩	١١٢	٨٪	
٢٠٠٢	١٥	١٢٥	١٢٪	
٢٠٠٣	٢٦	١٣٩	١٩٪	
٢٠٠٤	٣٠	١٩٤	١٥٪	
٢٠٠٥	٣٤	١٨٦	١٨٪	
٢٠٠٦	٤١	٢١٣	١٩٪	١٥٪
٢٠٠٧	-	-	-	

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك المزارع التجاري عن الأعوام ٢٠٠١م – ٢٠٠٦م.

من خلال الجدول رقم (٧) يُلاحظ الباحث أن بنك المزارع التجاري يتمتع بالملاءة المصرفية حيث إن أقل نسبة بلغت ٨٪ وهو الحد الأدنى المطلوب عالمياً وأعلى نسبة كانت ١٩٪ في السنوات ٢٠٠٣م و٢٠٠٦م، أما المتوسط العام فقد بلغ ١٥٪ وبشكل عام نجد أنه لا توجد انحرافات حادة وكبيرة عن الحد الأدنى المطلوب عالمياً.

المؤشر الثاني: نسبة الرافعة(الرفع) المالي:

جدول رقم (٨) - نسبة الرافعة (الرافع المالي) في الفترة من ٢٠٠٠م - ٢٠٠٧م (المبلغ بملايين الجنيهات):

السنة	الموجودات (الأصول)	حقوق الملكية	½ = عدد مرات	المتوسط العام
٢٠٠٠	-	-	-	
٢٠٠١	٢٣٥	٢٧	٩	
٢٠٠٢	٢٩٦	٢٨	١١	
٢٠٠٣	٣٤٧	٤٠	٩	
٢٠٠٤	٤١١	٤٤	٩	
٢٠٠٥	٥٨٩	٥١	١٢	
٢٠٠٦	٥٧٣	٦٤	٩	١٠مرات
٢٠٠٧	-	-	-	

إعداد الباحث بناءً على التقارير السنوية لبنك المزارع التجاري عن الأعوام ٢٠٠١م – ٢٠٠٦م.

من خلال الجدول رقم (٨) يُلاحظ الباحث أن أصول بنك المزارع التجاري تغطي حقوق مالكيه بصورة جيدة وقد بلغ متوسطها ١٠مرات وهي تتميز بالاستقرار وعدم وجود تقلبات حادة.

جدول(٩) - التحليل المقارن للمصارف محل الدراسة:

المؤشر / المصرف	متوسط نسبة رأس المال إلى إجمالي الودائع	متوسط الموجودات إلى حقوق الملكية = عدة مرات
بنك التضامن الإسلامي	١٦٪	١٠
بنك أم درمان الوطني	٧٪	١٩
بنك النيل الأزرق المشرق	١٢٪	٧,٤
بنك المزارع التجاري	١٥٪	١٠
المتوسط العام في المصارف	١٣٪	١٢

المصدر: إعداد الباحث ٢٠٠٨م

من خلال الجدول رقم (٩) أعلاه نلاحظ أن نسبة رأس المال إلى إجمالي الودائع المصرفية هي التي تعكس الملاءة المصرفية أو متانة رأس مال المصرف واتضح جلياً من خلال الجدول أن المصارف الإسلامية تتمتع بالملاءة المصرفية وقد بلغت في متوسطها ١٣٪ وهي أعلى من النسبة التي حددتها لجنة بازل(٨٪) لكن إذا ما تناولنا كل مصرف على حدة نجد أن بنك أم درمان الوطني قد عانى من انخفاض هذه النسبة في السنوات ٢٠٠٠م، ٢٠٠٣م، ٢٠٠٤م، ٢٠٠٥م وذلك نسبة للزيادة الكبيرة في حجم الودائع المصرفية، ولكن إذا ما توفرت لنا القوائم المالية عن الأعوام ٢٠٠٦م، ٢٠٠٧م ربما كانت النتيجة غير ذلك.

أما بالنسبة لمؤشر حاصل قسمة الموجودات على حقوق الملكية فهي توضح لنا مقدرة المصرف في تغطية حقوق مالكيها. ومن خلال الجدول أعلاه نجد أن تلك المصارف استطاعت أن تغطي حقوق مالكيها بصورة جيدة بلغت في متوسطها ١٢مرّة.

فرضية الدراسة :

تتمتع المصارف السودانية بالملاءة المصرفية.

الملاءة المصرفية هو المصطلح العلمي الدقيق لمتانة رأس المال وان لجنة بازل كانت قد حددت الحد الأدنى للملاءة المصرفية بـ (٨٪) وتتكون هذه النسبة من نسبة رأس

المال المدفوع إلى إجمالي الودائع المصرفية ومن خلال الجداول بالأرقام (١- ٩) يُلاحظ الباحث أن المصارف محل الدراسة قد حققت نسب أعلى من الحد الأدنى المطلوب أو المعيار العالمي وهي نسبة الـ ٨٪ ما عدا بنك أم درمان الوطني الذي قارب من هذه النسبة ولم يصلها، وبشكل عام يمكننا القول بأن ٧٥٪ من العينة أو(المصارف السودانية محل الدراسة) تتمتع بالملاءة المصرفية وبالتالي فإن فرضية الدراسة صحيحة ويمكن تعميم هذه النتيجة على مجتمع الدراسة.

الاستنتاجات:

١ – المصارف الإسلامية استطاعت تحقيق الحد الأدنى المطلوب عالمياً من الملاءة المصرفية بل فاقت بعض المصارف هذا الحد.

٢ – توصلت الدراسة إلى أن موجودات المصارف الإسلامية تستطيع أن تغطي حقوق مالكيها عدة مرات بلغت في متوسطها ١٢ مرة.

التوصيات:

١ – لتجويد أداء المصارف لا بد أن يكون هنالك إفصاح حول مدى كفاية رأس المال لا سيما أن مثل هذا الإفصاح يعزز من ثقة العملاء نحو المصرف.

٢- على بنك أم درمان الوطني زيادة رأسماله لمقابلة الزيادة العالية في حجم الودائع المصرفية حتى تتمكن من تحقيق المعيار العالمي أو الحد الأدنى المطلوب من رأس المال لتغطية الودائع المصرفية.

قائمة المراجع

١/ أحمد غنيم، الأزمات المصرفية والمالية الأسباب، النتائج، العلاج، دم، دت.

٢/ البساطي، محمد عبد الرحمن الحسن، معيار كفاية رأس المال بالمصارف السودانية (الملاءة المصرفية) حسب مقررات لجنة بازل في الفترة من (١٩٩٧م وحتى ٢٠٠٢م) ـ مكتبة جامعة السودان، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا.

٣/ البشير، عبد الحميد، كفاءة البنوك في الشرق الأوسط (١٩٩٣م – ١٩٩٨م)، ٢٠٠٣م.

٤/ الحسن، صابر محمد، مجلة المصرفي، العدد ٤٣، مارس ٢٠٠٧م.
٥/ الهادي صالح محمد، ورقه بعنوان تجربة بنك السودان في تطبيق النظام المصرفي الإسلامي.
٦/بكري الطيب موسى، أساليب البحث العلمي، مطبعة جي تاون، ط٢٠٠٤، ٢م.
٧/ خليل الشماع، تقويم أداء المصارف، ١٩٩٦م.
٨/ زينب عوض الله وأسامة الفولي، أساسيات الاقتصاد النقدي والمصرفي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م.
٩/ سمير الخطيب، قياس وإدارة المخاطر بالبنوك منهج علمي وتطبيق عملي، الإسكندرية :منشأة المصارف، جلال حربي وشركاه، ٢٠٠٥م..
١٠/ نصر الدين فضل المولي محمد، تحليل نظري ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامي، جده: دار العلم للطباعة والنشر، ١٩٨٥م..

٤/ تعدد الزوجات فقهًا وقانونًا

إعداد / د. سامية الفاتح طه الحاج

جامعة الشارقة ـ فرع خورفكان

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على عبده ورسوله وصفوته من خلقه، وأمينه على وحيه، نبينا وإمامنا ومعلمنا سيدنا محمد بن عبد الله، وعلى آله وأصحابه ومن سلك سبيله واهتدى بهداه إلى يوم الدين. أما بعد:

أشكر الله بدءاً وختمًا على ما من به علي، ووفقني لكتابة هذا البحث الحساس والكثير التعقيد، لكنه ذو لطف في جرأته، كيف لا وهو تشريع رباني، وتنظيم دقيق هائل، يحل مشكلات اجتماعية لأعوام وأقوام مضت، ولمجتمعات معاصرة، الآن وإلى أن يرث الله سبحانه وتعالى الأرض وما عليها.

ولا غرابة، وأنا واحدة من (بنات حواء) أن أتصدى لهذا البحث، في نظام (تعدد الزوجات) حيث إنني أرى فيه من وجهة نظر عامة، علمية ودينية – ما أريد أن أوضحه لبنات جنسي خاصة وللناس عامة – لحرية اختيار المرأة في حياتها، حفظا لكينونتها وعفتها من الضياع والتشرد، وهو باب يمكن أن تلج فيه الكثيرات من بنات جنسي، اللآتي فقدن الاستقرار لسبب أو لآخر، فيعيدهن إلى الحياة المستقرة ويكفل لهن حقوقهن التي منحها لهن الإسلام، لحياة آمنة، بعيدة عن أمواج الحياة المتلاطمة العاتية التي تعبث بها مفاهيم الحياة الأوربية والغربية من انحلال وضياع وزيف وتفكك أسري، باسم الحضارة والتقدم والرقي لحياتنا المعاصرة.

أهمية البحث ومشكلته:

- مما شدني ودفعني إلى البحث في هذا الموضوع ما آل إليه حال الشعوب الإسلامية في هذا الزمان، والحالة التي وصلت إليها المرأة المسلمة من ضياع وتشتت وسط خضم الحروب والقتل المستمر في معظم الدول ألإسلامية، وفقدها للعائل والوالي، مما يدفعها إلى طريق الرذيلة والانحلال.

- هل سيكون التعدد في هذا العصر المتقلب الأحوال، المتلاطم الأمواج، حل لمشكلة المرأة ومنقذًا لها من شبح العنوسة؟
- تكمن أهمية البحث في توضيح السلبيات والإيجابيات لتعدد الزوجات، وأي الكفتين أرجح في هذا العصر.
- وهل إذا طبق نظام التعدد، سيعيد للمرأة حقها الشرعي في الحياة الأسرية التي فقدتها باسم الحضارة المعاصرة الزائفة، ومن ثم يعود للمجتمع المسلم توازن الأسرة المستقرة.
- موقف القانون الوضعي في البلاد العربية وغير العربية ومدى تأثره بالشبهات حول تعدد الزوجات
- وقد اتبعت في هذا البحث المنهج التاريخي والاستقرائي والاستنباطي ثم المنهج التحليلي.

خطة البحث:

وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث لكل مبحث ثلاثة مطالب:

المبحث الأول: المشروعية والأسباب لتعدد الزوجات

المطلب الأول: نشأة نظام التعدد.

المطلب الثاني: النظرة الشرعية للتعدد.

المطلب الثالث: حكمة ومبررات التعدد.

المبحث الثاني: شروط تعدد الزوجات

المطلب الأول : شرعية تحديد العدد.

المطلب الثاني : شرط سعة الإنفاق.

المطلب الثالث : شرط العدل.

المبحث الثالث: سلبيات وإيجابيات التعدد والرد على الشبهات

المطلب الأول : السلبيات المعاصرة للتعدد.

المطلب الثاني: الإيجابيات ـ الآثار الدينية والصحية والاقتصادية والاجتماعية.

المطلب الثالث: الشبهات والرد عليها.

المبحث الرابع : تعدد الزوجات في نظم التشريعات القانونية

المطلب الأول: القانون العراقي.

المطلب الثاني: القانون المصري والتونسي.

المطلب الثالث: القانون الليبي والفرنسي.

المطلب الرابع: موقف القانون الفرنسي.

الخاتمة : وتحتوى على النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

أسباب ومشروعية تعدد الزوجات

المطلب الأول:نشأة نظام تعدد الزوجات :

تعدد الزوجات نظام اجتماعي إسلامي، اشتد حوله الجدل وأصبح مثار نقد وطعن وهجوم على الإسلام والمسلمين من قبل الغربيين ومن تأثر بأفكارهم، فهؤلاء يوهموا الناس أن الدين الإسلامي هو الذي أتى بتعدد الزوجات، وأن التعدد محصور فقط على أمة الإسلام.

والحقيقة أن هذا النظام كان سائداً قبل الإسلام لدى شعوب كثيرة متحضرة وغير متحضرة مثل الصينيين – والهنود والفرس والمصريين القدماء والشعوب الجرمانية – والسكسونية التي ينتهي إليها سكان أوربا الشرقية والغربية مثل ألمانيا وسويسرا والنمسا وتشيكوسلفاكيا والسويد وانجلترا وبلجيكا وهولندا ومازال هذا النظام منتشرًا في الوقت الحاضر في بلاد الهند والصين واليابان وإفريقيا [1].

والإسلام لم ينشئ نظام تعدد الزوجات على المسلمين خاصة، فقد سبقت إلى إباحته الأديان السماوية التي أرسل بها أنبياء الله قبل سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم (اليهودية والنصرانية) والنظم الدينية الأخرى، فلما جاء الإسلام أبقى على التعدد مباحًا

---

[1] علي عبد الواحد وافي، الزواج والعزوبة، القاهرة، ١٣٩٥ هـ ص ٥٢.

ووضع له أسسًا تنظمه وتحد من مساوئه وأضراره التي كانت موجودة في المجتمعات التي انتشر فيها التعدد.

كما أن الشريعة الإسلامية لم تجعل نظام التعدد فرضًا لازمًا على الرجل، ولا ألزمت المرأة أن تقبل الزواج برجل له زوجة أخرى، بل أعطت المرأة وأهلها الحق في القبول أو الرفض وكفلت لهم حرية الاختيار [2].

ولا ينكر أن تعدد الزوجات تكرهه النساء بطبيعتهن البشرية، وهى الغيرة ورفض الاشتراك في الزوج ولا يقتصر هذا الكره عليهن، بل يتعدى إلى ذويهن وأرحامهن، وحيثما يثار هذا الموضوع الحساس يوجد تياران متباينان :

الأول: شرعي فقهي يبيحه بشروط، والثاني: تيار أنسوي مدعوم ببعض دعاة المساواة والحرية، رافضًا التعدد صراحة وضمنًا، زاعماً أن العدل بين النساء صعب المنال ونادر التحقق، متخذاً من قوله تعالى: "وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ" [3] دليلاً على زعمه، ولكن القول الفصل في هذا الموضوع هو الحكم الشرعي الذي سنه الله تعالى لعباده لأنه قانون دقيق ومحكم ومتكامل يقوم بتحديد وظائف وواجبات كل فرد وحقوقه.

والقانون الذي يتناول جميع جوانب الحياة للمجتمعات البشرية في أصقاع الأرض المتباينة من حيث الظروف الجغرافية والعادات والتقاليد، يحتاج إلى توفر (شروط) تخرج عن طاقة الإنسان مهما ترقى في درجات العلم.

الشرط الأول: معرفة المقنن، وعلى ضوء هذا لابد أن يكون المقنن عارفاً بالإنسان جسمه، روحه، غرائزه، فطريته، وما يصلح له أو ما يضر به، وكلما تكاملت هذه المعرفة بالإنسان كان القانون ناجحًا وناجعًا في علاج المشكلات لجميع المجتمعات البشرية وفي جميع أنحاء الأرض المتباينة، فيبلغ السعادة المنشودة في خلقه، ولهذا فإننا لا نجد في صفحة الوجود موجودًا

---

[2] محمد بن مسفر الزهراني، تعدد الزوجات، مجلة البحوث الإسلامية، لجنة الرياض ١٤١٣ هـ العدد ٣٦.

[3] سورة النساء، الآية ١٢٩.

أعرف بالإنسان من خالقه، فإن صانع المصنوع أعرف به من غيره يقول سبحانه "أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلْخَبِيرُ"[4].

الشرط الثاني : عدم انتفاع المقنن بالقانون، فإن المقنن إذا كان منتفعاً من القانون الذي يضعه هو أو من يمت إليه بصلة خاصة، فهذا القانون سيتم لصالح المقنن لا لصالح المجتمع، والنتيجة الحتمية الظلم والإجحاف، فالقانون الكامل لا يتحقق إلا إذا كان واضعه مجردًا عن حب الذات وهوى الانتفاع الشخصي، ولا يوجد موجود مجرد من هذه الأوصاف إلا الله سبحانه وتعالى، لأن الإنسان مجبول على حب الذات فهو مهما جردته من تبعات غرائزه لن يستطيع التخلص من هذه النزعة.

والاستدلال على عدم صلاحية الإنسان لوضع قانون خاص لنفسه ما نراه من التبدل الدائم للقوانين الوضعية والنقص المستمر الذي يورد عليها، وما ذلك إلا لقصورهم عن معرفة الإنسان وحقيقته [5] ولذلك فإن تطبيق القانون الرباني هو الطريق الوحيد لإسعاد البشرية بعيد عن الظلم والجور.

وتعدد الزوجات ما هو إلا قانوناً ربانياً وضعه الشارع الذي هو أعلم بفطرة الإنسان واحتياجاته لكل زمان ومكان، ونشأته لم تكن مع الإسلام كما أسلفنا، مما يدل على أنه أفيد للمجتمعات البشرية، وأن المجتمع لاغنى له عنه في أي زمان ومكان.

المطلب الثاني: النظرة الشرعية للتعدد:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية برفع الحرج عن الناس ودفع الضرر عنهم، ولتحقيق مصالح العباد، ولتحل لهم الطيبات وتحرم عليهم الخبائث، وتصلح شؤونهم في الآجل والعاجل، كما امتازت الشريعة الإسلامية في بيان العلل والأسباب، والحكم والغايات الكامنة وراء كل حكم شرعي، فالفعل إن خلا من مقصد وغاية يكون عبثاً، والله

---

[4] سورة الملك، الآية ١٤.

[5] راجع ابو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة للطباع والنشر، ط أولى، ١٩٩١، ص ٦٥ وما بعدها.

سبحانه وتعالى منزه عن العبث، قال تعالى "وَمَا خَلَقْنَا ٱلسَّمَاوَاتِ وَٱلْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ" [6].

وعندما يتيقن الإنسان من شرعيته، عليه أن يجهد نفسه في تطبيقها والعمل بها، ومن هذه الأحكام الزواج وتعدد الزوجات، فالزواج سنة الله في عباده وهو أية من آياته، فقد وضع الله تعالى في كل من الذكر والأنثى دوافع طبيعية ونوازع فطرية تكفل للنوع الإنساني البقاء والاستمرار قال تعالى: "يَاأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءًا وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رقيباً"[7].

يقول الله تعالى آمرًا خلقه بتقواه ويذكرهم بقدرته التي خلقهم بها من نفس واحدة وهو آدم عليه السلام (وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا) وهي أمنا حواء وقد خلقت من ضلعه الأيسر من خلفه وهو نائم فاستيقظ فرآها فأنست إليه وأنس إليها، وقوله تعالى وبث منهما رجالاً كثيرًا ونساء أي وذرأ من آدم وحواء رجالاً كثيراً ونساء ونشرهم في أقطار العالم على اختلاف ألوانهم وأصنافهم وصفاتهم ثم إليه بعد ذلك المعاد والمحشر[8].

ولهذا ذكر الله تعالى أن أصل الخلق من أم وأب واحد ليعطف بعضهم على بعض ويحثهم على ضعفائهم.

فالحاجة الفطرية بين الرجل والمرأة أوجبت ارتباطاً أسريًا بينهما أحاطه الله بمجموعة من القواعد الثابتة والركائز الصلبة لحمايته وما يعتريه من وهن وضعف.

وعزز تلك الدوافع والنوازع بالضوابط والقواعد التي تكفل للنسل حسن السبل وأسلمها في الوجود والاستمرار، ومن هذه القواعد تشريع نظام تعددالزوجات.

قال تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي ٱلْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَالِكَ أَدْنَى أَلَّا

---

[6] سورة الدخان، الآية ٣٨.

[7] سورة النساء، الآية ١.

[8] تفسير القرآن العظيم، الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، ط ١٩٨٥، ١، دار إحياء التراث، بيروت.

تَعُولُوا" [9]. وتفيد هذه الآية أن التعدد يكون بأربع نساء كحد أعلى كما تضمنت أيضا شرطي العدل والإنفاق.

والمعنى إن كانت تحت حجر أحدكم يتيمة وخاف ألا يعطيها مهر مثلها فليعدل إلى ما سواها من النساء، وعن عروة بن الزبير، أنه سأل عائشة رضي الله عنها، عن قول الله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي ٱلْيَتَامَى......[10] }، فقالت: «يا ابن أختي هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله، فيعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها، بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن، ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن» [11]، فالأمر هنا (في حالة خشية عدم العدل) أن ينكحوا سواهن من غير اليتامى الموجودات في كفالة هؤلاء، ما طاب لهم من النساء مثنى، ثلاث، رباع، أي انكحوا إن شاء أحدكم اثنتين،وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء أربعًا [12].

وروى أبو جعفر محمد بن جرير في تفسيره عن ربيعة "أي أتركوهن فقد أحللت لكم أربعًا وقال أيضًا: انكحوا من الغرائب اللواتي أحلهن الله لكم وطيبهن من واحدة إلى أربع فإن خفتم أن تظلموا إذا تزوجتم أكثر من واحدة فتزوجوا واحدة فقط أو ما ملكت أيمانكم" [13]. فهذا هو الدليل الأول على مشروعية التعدد ما ورد في القرآن الكريم.

وأما قوله تعالى: "وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رحيماً "

---

(9) سورة النساء، الآية ٣.

(10) سورة النساء، الآية ٣.

(11) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الشركة، باب شركة اليتيم وأهل الميراث (٢٤٩٤)، ١٣٩/٣.

(12) المصدر السابق تفسير القرآن لابن كثير، مجلد ١، ص ٧٠٨.

(13) جامع البيان في تفسير القرآن أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، ط، دار الفكر، بيروت، ١٠٨ هـ

[14]، فقد زعم بعض من ليس له علم في الشريعة الإسلامية أن القرآن منع تعدد الزوجات بحجة أن الآية الأولى تبيح التعدد شريطة العدل بين الزوجات. وتقرر الآية الثانية – كما يزعمون- أن العدل بين الزوجات مستحيل، وعلى هذا الاعتبار فإن التعدد مشروط بأمر يستحيل القيام به وبالتالي فهو ممنوع.

وهذا الأمر ليس له ما يسنده إذ إن العدل المشروط في الآيةالأولى هو غير العدل الذي حكم باستحالته في الآية الثانية ولا يمكن أن يقرر الله أمراً ثم يمنعه في آية أخرى ولو أراد الله منع التعدد لمنعه مباشرة وفي آية واحدة والشريعة الإسلامية لا تعطي باليمين وتأخذ بالشمال.

المطلب الثالث : أسباب تعدد الزوجات :

إن الدين الإسلامي عندما أباح للمسلم بالتزوج من أربع زوجات كحد أعلى لم يكن هدفه إشباع الرغبة الجنسية للرجل فحسب، وإنما هنالك مبررات ودوافع كثيرة قد تحتم على الرجل أن يعدد زوجاته، حفاظًا على نفسه وعلى الأسرة والمجتمع.

قال الشيخ العلامة سيد قطب: "الإسلام نظام يتوافق مع فطرة الإنسان وتكوينه وينسجم مع ضروريات حياته ويعني الدين الإسلامي برعاية خلق الإنسان ويحرص على نظافة المجتمع، ولا يسمح بقيام واقع مادي يؤدي إلى فساد الأخلاق وانحلال المجتمع"[15].

كما أن الله سبحانه وتعالى أحاط بنيان الأسرة بمجموعة من القواعد الثابتة لتكون هذه الأسرة أساس نشأة المجتمعات وقيام الحضارات وعماد الحياة، بل وجعل لها ركائز صلبة من القواعد لحمايتها مما يعتريها من وهن أو ضعف، لذلك كله شرع الله جل شانه نظام تعدد الزوجات وله عدة مبررات منها:

١- الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ إنه عدد في الزواج، وهو بلاشك أسوة وقدوة للمسلم في كل شيء إلا ما خصه الله به من أمور خاصة قال تعالى:

---

[14] سورة النساء، الآية ١٢٩.

[15] سيد قطب في ظلال القرآن، ج ١، ص ٥٧٩.

"لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا ٱللَّهَ وَٱلْيَوْمَ ٱلْآخِرَ وَذَكَرَ ٱللَّهَ كَثِيرًا" [16]. ومن هذا المنطلق يجب على كل مسلم ومسلمة الاعتقاد بإباحة التعدد [17] (سمعاً وطاعةً لله ورسوله).

٢- جعله الله جل شانه قسيمًا للنسب فقال تعالى: (وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نسباً وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا) [18] فهو في ابتداء أمره ولد، ثم يتزوج فيصير صهرًا، ثم يصير له أصهار وقرابات ولهذا قال وكان ربك قديرًا. ونظام تعدد الزوجات يربط بين أسر كثيرة يصاهر بعضهم بعضاً ويكون بينهم نسبًا وهذا ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم بتزوج بعدد من النساء ويصاهر عدة قبائل كان لها الأثر في مسيرة وانتشار الإسلام.

٣- إن التعدد قد يكون ضروريًا في بعض الحالات كأن تكون الزوجة كبيرة في السن أو مريضة، فلو اختصر عليها فقط لم يكن فيها إعفاف له، وقد تكون ذات أولاد منه، فإن أمسكها خاف على نفسه المشقة بترك النكاح، وإن طلقها فرق بينها وبين أولادها وهنا يكون الحل بالتعدد.

٤- كثرة الحروب ومشروعية الجهاد في سبيل الله يكون سبباً في قلة الرجال وكثرة النساء وهذا الأمر تحتاج معه النساء للستر عليهن فلا يكون ذلك إلا بالتعدد.

٥- في بعض الأحوال تكون المرأة عقيمًا والرجل ميال إلى الذرية فإن كان للرجل سعة في الزواج بأخرى يكون هو الحل الأفضل، وإلا طلقها ويكون طلاقها ظلمًا لها والله لا يحب الظالمين.

٦- قد يقع خلاف بين زوجين يتفرقان بالطلاق ويتزوج الرجل بأخرى، ثم يرغب بالعودة إلى زوجته الأولى، وقد يكون له منها أولاد هنا يأتي تشريع التعدد حلاً ورحمة لمثل هذه الحال.

---

[16] سورة الأحزاب، الآية ٢١.

[17] د. محمدين مسفر، تعدد الزوجات في الإسلام، مجلة البحوث السلامة، م ٣٦، ص ٢٤٨.

[18] سورة الفرقان، الآية ٥٤.

نظام تعدد الزوجات كأي نظام اجتماعي له المبررات التي تسوغ تشريعه وتضمن استمراريته وهنالك أيضًا جوانب أخرى لهذه المبررات تظهر بمرور الزمن وتطور الحياة منها:

- غياب الزوج عن زوجته بحكم عمله وإقامته في موطن آخر يصعب عليه نقل زوجته وأولاده ولا يستطيع العيش بدون زوجة فيبيح له التعدد بأخرى يقيم معها إقامة مشروعة.
- قوة الغريزة قد تختلف في بعض الأحيان بين الزوجين ويكون الرجل في حاجة ماسة لأخرى فيكون التعدد مصرفًا مباحاً لشهوته.
- قد يجد الرجل نفسه يميل إلى امرأة أخرى تحت ظروف مختلفة ويصعب عليه التخلي عنها فيؤدي هذا الأمر إلى التبرم بزوجته والضيق منها، فالمصلحة في هذه الحالة أن يتزوج درءًا للمفسدة.
- قد يكون الرجل المتزوج له يتيمة لا مأوى لها فيحن إليها ويضمها إلى بيته زوجة.

وأخيراً ترى الباحثة أن أهم هذه المبررات الزيادة الطبيعية لعدد النساء في هذا العصر وما آلت إليه أحوال المرأة من التشتت والضياع والانحلال فهي في حاجة ماسة للمعيل وللولي وإلى قوامة الرجل.

وأيضاً أن اغلب هذه المبررات متفشية في هذا العصر، لتفشي الحروب، والحالة الاقتصادية التي تمر بها أغلب البلاد الإسلامية، والتي دفعت الشباب إلى العزوف عن الزواج أو الهروب للتزوج بالأجنبيات وترك الفتيات المسلمات عرضة للعنوسة والضياع.

المبحث الثاني

شروط تعدد الزوجات

المطلب الأول: شرعية تحديد العدد:

عندما شرع الله سبحانه وتعالى تعدد الزوجات لم يكن مطلقًا، بل وضع الله له ضوابط وشروط بما يتناسب مع الحياة الأسرية السعيدة المستقرة بعيدًا عن الظلم والجور، وأول هذه الشروط العدد.

كان نظام تعدد الزوجات معروفاً ومباحاً قبل نظام الإسلام وكانت الديانات السابقة الأخرى تبيح التعدد بغير تحديد للعدد ولم يرد نص صريح يمنع من التزوج بامرأتين أو أكثر، كان نظام تعدد الزوجات معروفاً لدى القبائل العربية بالجاهلية، ولم تكن له آنذاك ضوابط معينة ولا حدود معروفة. وقد تضمن الحديث النبوي الشريف عدة شواهد على وجود التعدد لدى العرب قبل الإسلام، وعلى هذا النحو غير المحدد، ومنها : عن قيس بن الحارث، قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة، فأتيت النبي صلى اللّه عليه وسلم، فقلت ذلك له، فقال: «اختر منهن أربعاً» [19].

وعن ابن عمر، قال: أسلم غيلان بن سلمة وتحته عشر نسوة، فقال له النبي صلى اللّه عليه وسلم: «خذ منهن أربعاً»[20]. وروي عن نوفل بن معاوية الديلي قال: أسلمت وتحتي خمس نسوة فسألت النبي صلى اللّه عليه وسلم فقال: «فارق واحدة، وأمسك أربعاً» [21].

والشاهد في كل هذه الأحاديث أنها تدل على أن التعدد كان معمولاً به قبل الإسلام وأن الرسول صلى اللّه عليه وسلم أقره مع تحديد العدد بأربعة، وبهذا يتضح لنا أنه عندما ظهر الإسلام هذب التعدد، ووضع له الأسس والشروط المناسبة وقيده بالعدد، وجعله قاصرًا على أربع زوجات فقط وظهر هذا بوضوح في الآية الكريمة : "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي ٱلْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَالِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا"[22].

وقد دلت سنة رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم المبينة عن اللّه أنه لا يجوز لأحد غير رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة وهذا الأمر الذي قاله الشافعي مجمع عليه بين العلماء. وعدد الرسول صلى اللّه عليه وسلم زوجاته وكان في عصمته عندما توفي تسع زوجات كما أقر تعديد أصحابه للزوجات.

---

[19] أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع (١٩٥٢)، ٦٢٨/١.

[20] أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع (١٩٥٣)، ٦٢٨/١.

[21] أخرجه الشافعي في مسنده ٢٧٤/١.

[22] سورة النساء، الآية ٣.

ونصت السنة القاطعة اختصار المسلم على أربع فقط كما أجمع علماء أهل السنة على أنه لا يجوز لغير النبي صلى الله عليه وسلم الزيادة على أربع زوجات[23]. كما ثبت في الحديث النبوي الشريف أن العرب الذين دخلوا في الإسلام كان لدى بعضهم أكثر من أربع زوجات فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بأن يختصر كل واحد منهم على أربع زوجات فقط ويفارق الأخريات وهذا دليل قوي علي إباحة الإسلام للتعدد، وتحديد العدد بأربع.

وظل المسلمون يقيمون بالتعدد خلال ١٤٠٠ سنة لفهمهم التام واعتقادهم الراسخ بإباحة الإسلام للتعدد ولا يعرف أحد من الصحابة أو التابعين رضوان الله عليهم أنه جمع في عصمته أكثر من أربع زوجات ومن هنا يتضح لنا بعد إباحته أن له ضوابط وشروطاً وحكمةً ومن هذه الشروط أيضاً شرط المقدرة على الإنفاق.

المطلب الثاني: شرط سعة الإنفاق:

النفقة هي حق للزوجة واجب على الزوج، وتشمل النفقة الطعام والشراب والكسوة والمسكن والأثاث اللازم والتطيب، والفقهاء مجمعون علي وجوب النفقة للزوجة لقوله تعالى (وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ) [24] وقوله تعالي (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا) [25] ولقوله صلى الله عليه وسلم: (فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربًا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) [26].

---

[23] الفقه علي المذاهب الأربعة الجزء الرابع دار إحياء التراث العربي بيروت ص ٢١٣

[24] سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

[25] سورة الطلاق، الآية ٧.

[26] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم (١٢١٨)، ٢/٨٨٦، ٨٨٧.

ولما كانت النفقة واجبة على الزوج، فإنه يلزم بتوفيرها وأن يعطيها من النقود ما تستطيع من خلالها الإنفاق على نفسها، ويراعي في تقدير النفقة حال الزوج عسرًا ويسرًا في قول عند المالكية [27] وفي قول آخر للمالكية أيضًا يراعي حال الزوجين، والمعروف في النفقة الكفاية لما ورد في حديث عائشة (إن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبي سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [28] ويشترط في وجوب النفقة على الزوج أن يكون عقد الزواج صحيحاً وأن تمكن الزوجة زوجها من الاستمتاع إذا لم يوجد مانع [29].

ولا تسقط نفقة المرأة عن زوجها بشيء غير النشوز لا من مرض ولا حيض ولا نفاس ولا صوم ولا حج ولا مغيب إن غابت عنه بإذنه.

وتبقى ذمة الزوج مشغولة بنفقة الزوجة الناتجة عن عقد الزواج الصحيح ولا تبرأ إلا بواحدة من ثلاث:

- الأداء وهو أن يقوم الزوج بأداء المستحق من النفقة لزوجته.

- الإبراء: وهو أن تقوم الزوجة صاحبة الحق في النفقة بإبراء ذمة زوجها مما هي مشغولة به فيكون هذا الإبراء مسقطاً لحقها في النفقة.

وفاة أحد الزوجين: تسقط النفقة بموت أحد الزوجين (لأنها جزاء الاحتباس، وصلة بين الزوجين فتسقط بموت أحدهما لامتناع الاحتباس وفوات محل الصلة وهذا ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة) [30] ومادام أن الأمر كذلك فيجب أن تكون لدى الرجل الذي يقدم على الزواج بادئ ذي بدئ القدرة المالية على الإنفاق على المرأة التي سيتزوج بها. وإذا لم يكن لديه من أسباب الرزق ما يمكنه من

---

(27) بن عبد البر، الكافي، ج ٢، ص ٤٣٣.

(28) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند (١٧١٤)، ١٣٣٨/٣.

(29) الغندور، الأحوال الشخصية، ص ٢٤٥.

(30) الهروي، فتح باب العناية، ج ٢، ص ١٩٧، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٨٩، بن قدامة، المغني، ج ١١، ص ٤٠٥.

الإنفاق عليها، فلا يجوز له شرعًا الإقدام على الزواج ويظهر هذا واضحاً جلياً في الحديث النبوي الشريف (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) [31]. وهكذا الأمر بالنسبة للرجل الذي لا يستطيع أن ينفق على أكثر من زوجة واحدة فإنه لا يحل له شرعاً أن يتزوج بأخرى فالنفقة على الزوجة أو الزوجات واجبة بالإجماع [32]ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب على الرجل القيام بكل ما يلزم زوجته أو زوجاته من طعام ولبس ومسكن وما يتبع ذلك من احتياجات فإذا لم يتحقق ذلك وجب الاقتصار على واحدة (ذلك أدنى ألا تعولوا).

ونجد أنه في هذا العصر قد زادت منصرفات الأسرة وتعددت الاحتياجات المادية والمتطلبات الضرورية نتيجة التطور العلمي والحضاري، ولذلك كان واجبًا على من يريد أن يقتحم باب هذا النظام أن يتأكد من مقدرته لتطبيق هذا الشرط.

المطلب الثالث : شرط العدل :

لما كان موضوع تعدد الزوجات يثير إشكالية عند بعض الناس، كان لابد من بيان بعض الأمور المتعلقة بالتعدد، ومن بينها العدل بين الزوجات، إن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات فلا تعدد مع الظلم، والعدل المطلوب هو العدل المقدور عليه، وهو العدل والمساواة في المسائل المادية من حيث السكن والنفقة والإهداء، وحق المعاشرة، وحق المبيت عند كل زوجة.

وأما الميل القلبي فهو خارج دائرة العدل المطلوب، لأن الزوج لا يملكه ولعل هذا هو المقصود بقوله تعالى (وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رحيماً) [33].

---

[31] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزبة (١٩٠٥)، ٢٦/٣.

[32] بن قدامة، المغني ج ٧، ص ٥٦٤.

[33] سورة النساء، الآية ١٢٩.

وفي هذا تقول السيدة عائشة رضي الله عنها (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم ويعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك)[34].

إنه لحكمة أرادها الله شرع تعدد الزوجات في الإسلام تعددًا منضبطًا بضوابط ومقيدًا بقيود وإذا ما قدر للمسلم أن يمارس حقه في التعدد فإن العدل في معاملة الزوجات هو أساس اقتحام هذا النظام (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي ٱلْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَالِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) [35]. والآية بظاهرها دالة على وجوب العدل بين الزوجات قال القرطبي: (فمنع من الزيادة التي تؤدي إلى ترك العدل في القسم وحسن المعاشرة وذلك دليل على وجوب ذلك) [36].

وقد ورد في الأحاديث النبوية ما يؤيد ذلك ويحذر من الجور والميل.وعن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل» [37].

ومن صور العدل : ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه [38]. وعن عروة قال قالت عائشة رضي الله عنها (يا بن أخي كان رسول الله صلى الله علية وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا، وكان قبل يوم إلا ويطوف علينا جميعًا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها) [39]. ولنا في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر.

---

[34] سنن أبي داؤود، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، حديث رقم (٢١٣٤).

[35] سورة النساء، الآية ٣.

[36] الإحساني، تبين المسالك، ج٣، ص ١٠٣.

[37] أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النساء، باب القسمة بين النساء، (٢١٣٣)، ٢٤٢/٢.

[38] أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء (٢١٣٨)، ٢٤٣/٢.

[39] أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، حديث رقم (٢١٣٥).

والعدل المطلوب هو العدل المقدور عليه وذلك بان يسوى بين زوجاته في القسم في البيات لا فرق بين قديمة وجديدة، وبكر وثيب، ومسلمة وكتابية، وسواء في ذلك في حالة الصحة أم في حالة المرض، لأن السبب الذي يربطه بكل واحدة منهن هو الزوجية وهي قدر مشترك عند هؤلاء جمعا وإذا اتحد سبب العلاقة الشرعية وجبت المساواة فيها، وبذلك تطيب نفوسهن ولا تحس واحدة منهن بمرارة التفضيل. وإن انعدم مثل هذا العدل، والتهاون فيه بين الزوجات يعد مبرراً لرفع الأمر إلى القضاء وصولاً إلى الحق المقرر شرعاً.

وقوله تعالى (وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رحيماً)[40] وهذه الآية توجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيذرها كالمعلقة، فتكون لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل تشترط الآية أن يعاملها بالحسنة حتى يكسب مودتها.ومن الواضح أن الله تعالى لا يؤاخذه على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء ومال كل الميل إلى الزوجة الأخرى. والرسول صلى الله عليه وسلم كان يعدل كل العدل في الأمور المادية لكنه كان يميل عاطفياً إلى زوجته السيدة عائشة رضي الله عنها أكثر من بقية زوجاته ورغم هذا كان صلى الله عليه وسلم لا يؤثر إحدى الزوجات على الأخريات بشيء من نفقة أو معاشرة أو مباشرة أو معاملة ولا ينقص زوجة شيئاً من أخرى في الوقت الذي كان الجميع لا يجهلون أنه كان يحب السيدة عائشة.

كما يجب إن يخصص الزوج لكل زوجة من زوجاته ليلة أو أكثر يبيت فيها معها في بيتها إذا كان لها بيت مستقل أو في الحجرة الخاصة بها ويتساوى في ذلك المبيت، الصحيحة، والمريضة، والحائض والنفساء، لأن القصد من المبيت هو الأنس الذي يحصل للزوجة.

---

[40] سورة النساء، الآية ١٢٩.

ولا يلزم الزوج أن يجامع زوجته في ليلتها ولا يجب عليه أن يساوي بين زوجاته في الجماع، وله أن يجامع بعضهن دون الأخر ولكن يستحب له أن يساوي بينهن والسنة في المبيت أن يكون لكل زوجة ليلة واحدة مع يومها [41].

ويجوز أن يجعل القسم ليلتين أو ثلاث ولا يجوز الزيادة على ثلاث ليالي إلا برضا زوجاته، وإذا سافر الزوج سفرًا يحتاج فيه إلى مرافقة إحدى زوجاته فإنه له الحق باختيار من يريد أن ترافقه منهن، وإذا رفضت زوجاته الأخريات ذلك، وتنازعن فيمن تسافر معه، فعند ذلك لابد للزوج أن يلجأ إلى الاقتراع، ومن وقعت عليها القرعة خرجت معه، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يختار رفيقته في السفر من زوجاته بالقرعة كما جاء في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرًا اقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه)[42].

وإذا تزوج الزوج بامرأة أخرى، فان كانت ثيبا أقام معها ثلاثة أيام وان كانت بكرا أقام معها سبعة أيام ولا يحق للزوجات الأخريات المطالبة بقضاء مثل هذه المدة عندهن[43].

وأخيراً نقول إن العدل بين الزوجات لا يعني مطلق التسوية بين الزوجتين أو الزوجات بل العدل هنا هو إعطاء كل زوجة ماهي في حاجة إليه فعلاً إلى درجة الكفاية اللائقة بمثلها، في الطعام والشراب والمسكن والملبس وغير ذلك.

يقول ابن حجر فإذا وفى لكل واحدة منهن كسوتها ونفقتها والإيواء إليها لم يضره ما زاد على ذلك من ميل قلب أو تبرع بتحفة.

هذه هي الشروط الثلاثة التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإباحة تعدد الزوجات.

---

[41] بن الأثير جامع الأصول، بيروت، ج ١١، ص ١٥٥، ١٣٩٢ هـ

[42] أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء (٢١٣٨)، ٢٤٣/٢.

[43] بن الأثير جامع الأصول، بيروت، ١٣٩٢هـ ج ١١، ص ٥١٥.

ولابد أن نعلم أن التزام أي معدد بهذه الشروط يكون ردًا عملياً على الشبهات وخرسًا لألسن أعداء الإسلام، واتباعاً لأوامر الله، وأخيراً إقامة الأسرة السعيدة المستقرة التي يحلم بها كل مجتمع.

المبحث الثالث

سلبيات وايجابيات التعدد والرد علي الشبهات

المطلب الأول :

السلبيات المعاصرة للتعدد :

إن نظام تعدد الزوجات نظام إلهي محكم لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، لأن كل ما يأتينا من الله سبحانه وتعالى عن طريق القرآن الكريم أو السنة النبوية المشرفة فهو حق لا باطل فيه، وإذا كان لتعدد الزوجات مساوئ كما يذكر بعض من كتب عن هذا النظام من أعداء هذه الأمة الإسلامية فإن تلك المساوئ ناتجة عن قصورنا وسوء تطبيقنا للنظام.وما يحدث في بعض حالات تعدد الزوجات من خلافات وظلم فإن سببها هو تهاون الزوج وعدم عدالته وسوء معاملته لبعض زوجاته هذا وعدم التزامه بشروط التعدد آنفة الذكر بالإضافة إلى ضعف الوازع الديني لدى بعض الزوجات الأمر الذي يدفعها إلى إثارة المشكلات مع زوجها والأخريات [44].

كما يلاحظ في بعض المجتمعات اندفاع الرجال وراء التعدد ظنًا منهم أن هذا الأمر كمال للرجولة غير مهتمين للأحكام والشروط وما يتبع ذلك من انشغال بالنساء والأولاد - عن القيام بالواجبات العامة وحمل أعباء الأمة كالدعوة إلى الله، وتحقيق مسؤولية الخلافة في الأرض والنهوض بالجماعة المسلمة كل ذلك لا يحدث إن لم يكن الرجل أهلاً للتعدد.

---

[44] تعدد الزوجات د. محمد بن مسفر الظهراني، مجلة البحوث عدد ٣٦، ص ٢٥٧-٢٨٥.

وهذا النظام في حاجة إلى توجيه من العلماء لتذكير رجال الأمة ونسائها بدورهم في الحياة، وليعلموا حكمة الشرع في إباحة تعدد الزوجات، ولتعميق نظرتهم إلى المصلحة العامة في صورة متوازنة مع المصلحة الخاصة.

أيضًا من الأمور التي تجعل الكثير من الرجال والنساء ينفرون من تعدد الزوجات المظاهر السلبية الناتجة عن سوء تطبيق بعض الرجال لمسألة التعدد.

وأقرر في البداية أن الرجل إذا كان ذا خلق وعلم ودين فلن يقع منه ما يعيب ولا ما يسيء لزوجته الأولى أو الثانية أو الثالثة أو الرابعة، لأنه يعلم ما له فيأخذه بلطف وهدوء وحكمة ويعلم الذي عليه فيؤديه بكل صدق وإيجابية من خلال موازنة كريمة بين الحقوق والواجبات.

والزواج الثاني كالزواج الأول معرض صاحبه للنجاح والفشل غير أن الفشل في الزواج الثاني، أكثر من الزواج الأول وسلبياته أكبر من الزواج الأول ولذا كان حق على كل من سلك سبيل التعدد أن ينظر بعين البصيرة لما هو مقدم عليه.

وللوقوف على سلبيات تطبيق تعدد الزوجات نذكر منها ما يلي :

أولاً : العول وعدم العدل:

وهذه هي أول سلبية تظهر عند بعض الرجال بعد زواجهم من زوجة أخرى خاصة إن كانت زوجته الثانية أصغر سناً وأكثر جمالاً، مضافًا إليه فراغ البيت الثاني من ضجيج الأولاد، كل ذلك يساهم بشكل كبير في ميل الرجل لزوجته الثانية أو الثالثة أو الرابعة عن ذات العيال وقليلة الجمال[45].

وهذا هو عدم العدل الذي يخاف منه الرجال والنساء على حد سواء، فالكثير من الرجال يعزف عن التعدد خوفًا وخشية من الجور وعدم العدل وربما يحلو لبعضهم الاستدلال بقوله تعالى (ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ) [46].

---

[45] جمعة الخولي، ص ٢٧٧.

[46] سورة النساء، الآية ٣.

والحق أقول هي سلبية مسيئة لمرتكبها مشينة بتصرفه وتقربه من الظلم وهو ظلمات يوم القيامة وقد رأينا بعض الرجال من يميل الميل كله ويذر زوجته الأولى كالمعلقة ظالم لها تارك لها الأولاد لتربيتهم وكأنه لا هم له إلا التفرغ للبحث عن راحته الشخصية وشهوته، دون نظر في مصلحة الأولاد أو البنات أو الزوجة.

ومن أجل هذا كان التحذير شديدًا لمن وقع في هذه السلبية كما ثبت في سنن أبي داود من حديث أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل» (47).

ثانياً: العوز وعدم المقدرة على الإنفاق:

كما أسلفنا الذكر فإن الإنفاق واجب على الزوج حق للزوجة ومن هنا تبدو السلبية الثانية التي تظهر من وراء زواج بعض الرجال من زوجة أخرى وهو ليست له مقدرة على الإنفاق على البيتين فيندم ويصيبها العوز والفقر.

وسبب هذه السلبية هو الظن الخاطئ بان الزوجة الثانية لا تكلف إلا القليل من الطعام والشراب ثم يفاجأ الزوج بالتكاليف والمسؤوليات، وقد جعل الله تعالى الخوف من كثرة العيال مجبنة للرجال والفقر سبباً واضحاً وكافياً لترك التعدد.

وعليه نقول إن عدم تقدير الرجال فيما هم مقدمون عليه من تكاليف ومسئوليات بالزواج من أخرى يوقعهم في الكثير من السلبيات التي يؤاخذون عليها شرعاً.

فقد ثبت في سنن أبي داود من حديث عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت» (48).

وربما كانت هذه السلبية امتداداً إلى وجود السلبية الثالثة حيث إن العوز والحاجة يؤدي إلى :

---

(47) أخرجه أبو داوؤد في سننه، كتاب النساء، باب القسمة بين النساء (٢١٣٣)، ٢٤٢/٢.

(48) أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب الزكاة، باب صلة الرحم (١٦٩٢)، ١٣٢/٢.

ضياع الأولاد وعدم إعطائهم حقهم في التربية:

لعدم التفرغ لإعطاء الأولاد حقهم في التربية والتوجيه وذلك لانشغال الزوج بالسعي وراء هم العيش والرزق وذلك لزيادة المنصرفات والبحث عن زيادة دخل الأسرة وقد لا تتحمل الزوجة أعباء الأولاد من تدريس وتوجيه وغير ذلك.

إن تربية الأولاد وإعطاءهم حقهم في التربية والتوجيه مسألة يقصر فيها بعض الأباء وقد ثبت في صحيح البخاري من حديث بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته»[49].

وعليه نقول إن المقبل على الزواج من زوجة أخرى لابد أن يوازن قبل وقوع الواقعة ويصبح بعدها في حيرة من أمره ويصعب عليه الخيار.

وأما السلبية الرابعة:

فهي القلق النفسي الذي يرثه الأبناء لكثرة المشكلات وانشغال الأباء والأمهات وهي من السلبيات الواضحة الناتجة أحيانًا من تعدد الزوجات عند بعض الرجال، وما يرثه الأبناء من قلق نفسي لكثرة المشكلات الواقعة بين الزوج وزوجته الأولى ومما يزيد الحال سوءًا أن تظهر المشكلات أمام الأولاد ويؤثر هذا سلباً على سلوك الأولاد والبنات ويتولد عندهم الحقد على الزوجة الأخرى وعلى إخوانهم منها، مما يؤدي إلى كره بعضهم البعض وتفكك الأسرة الواحدة.

إن هذا الأمر راجع لقلة العلم والحكمة والتفقه لدى الأب، فالوالد يجب أن يكون هو الجامع للأولاد حوله ويجنبهم القلق النفسي ما استطاع لذلك سبيلا ويسعى لإبعاد شبح المشكلات النفسية عن أهل بيته والأصل أن الوالد يزرع في نفوس أبنائه تقرير الحكم الشرعي لا رفضه، كي يكونوا سببًا في التخفيف على الأم فيذكروها بفضل أبيهم وكبير حقه عليها وجميل صنيعه معها والرجل الحكيم هو

---

[49] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، (٨٩٣)، ٥/٢.

الذي يستفيد من تجارب الآخرين في الزواج فلا يقدم على هذه الخطوة المصيرية إلا بعد مشاورة لمن سبقوه في تعدد الزوجات فهو بهذا يقصر حبل الشيطان فيجمع الشمل ولا يفرقه ويزرع الحب والود لا الحقد والكره.

أما السلبية الخامسة :

فتظهر في حالة إجبار الزوجات بالعيش معاً في بيت واحد.

يقرر علماؤنا الكرام أن المرء قبل أن يقدم على أمر يجب أن يعلم أحكام الله فيه. وهكذا نجد الكثير من المقبلين على التعدد لا يعلمون عن أحكام وفقه التعدد شيئاً.

والأصل أن تستقل الزوجة بسكن الزوجية لقوله تعالى (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ) [50] ولقوله تعالى (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [51]. ومن المعاشرة بالمعروف تسكينها في مسكن مناسب ومهيأ بالأثاث اللازم [52] حسب العرف والعادة، وأن تسكن حيث يقيم زوجها. ولايسكن معها أحد من أقارب زوجها إلا إذا كان ممن تلزم الزوج نفقته كالوالدين والأبناء ويشترط أن لا يلحق بالزوجة ضرر، وليس من حقها أن تسكن في بيت الزوجية أحد من أبنائها من زوج آخر إلا في حالة عدم وجود حاضن غيرها أو في حالة تضررهم لفراقها، على أن يرضى الزوج بذلك، وله العدول، إذا لحقه ضرر، وليس للزوج أن يعمد إلى جمع زوجتين أو أكثر في مسكن واحد إلا برضى الجميع ولكل منهن العدول عن الرضا إن لحقها ضرر[53].

وغالباً ما تكون الزوجة الثانية هي الضحية لأن الأولى قد يمسكها أولادها وطول عشرتها ولذا كان واجباً على المقبل على تعدد الزوجات أن يتعرف على فقه هذا الحكم فالأمر ليس لعبة ولن تستمر السعادة بين الزوج وزوجاته إلا من رزقه الله تعالى

---

[50] سورة الطلاق، الآية ٦.

[51] سورة النساء، الآية ١٩.

[52] بن قدامة، المغني ج ١١، ص ٣٥٥.

[53] بن عبد البر، الكافي، ج ١١، ص ٤٣٣.

حكمة بالغة (يُؤْتِى ٱلْحِكْمَةَ مَن يَشَآءُ ۚ وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِىَ خَيْرًا كَثِيرًا ۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُولُوا ٱلْأَلْبَابِ) [54].

وما أود قوله هو أن هذا السكن لابد أن يكون سكناً شرعياً تستقر فيه الزوجة وما سمي سكناً إلا لأن النفس تسكنه وتستقر فيه، من أجل زوجها، لأن القرار في البيت حق للزوج واجب على الزوجة فلابد أن يكون بيت القرار مهيئاً من أجل الزوج وراحته.

المطلب الثاني : إيجابيات تطبيق تعدد الزوجات :

فقد شرع الله عز وجل تعدد الزوجات وأباحه لحكم وغايات نبيلة وأهداف سامية، تطهيرًا للمجتمع من الفساد واستبعادًا للرذائل وأمانًا من القلق، وحفظاً للحياة، كي تبقى سليمة من أضرار الأمراض والفواحش والآثام لأن زيادة عدد النساء بلا أزواج مدعاة لانتشار الفسق والفجور والأمراض الجسمية والنفسية.

والله تعالى قد أباح التعدد لمصلحة المرأة في عدم حرمانها من الزواج، ولمصلحة الرجل بعدم تعطل منافعه، ولمصلحة الأمة بكثرة نسلها والحفاظ على مجتمعاتها. فهو تشريع من حكيم خبير لا يطعن فيه إلا من أعمى الله بصيرته بكفر أو نفاق.

وللزواج بصورة عامة والتعدد بصورة خاصة آثار إيجابية كثيرة تشمل الرجال والنساء والمجتمع بأسره، وإذا حرمت النساء من الزواج بسبب منع تعدد الزوجات حرمن من هذه الآثار وفضائلها وهذه الآثار منها دينية وأخلاقية ومنها صحية ونفسية واجتماعية واقتصادية.

أولاً : الآثار الدينية والأخلاقية:

لقد حث الإسلام كل من الرجل والمرأة على الزواج وإنشاء علاقة زوجية مشروعة لتأسيس أسرة تسودها الرحمة ولحفظ النوع البشري وقد وردت نصوص شرعية كثيرة من القرآن والسنة تؤكد ذلك، قوله تعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّى جَاعِلٌ فِى

---

[54] سورة البقرة، الآية ٢٦٩.

ﭐلۡأَرۡضِ خَلِيفَةً) [55]، وقال تعالى : (هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَكُمۡ خَلَـٰٓئِفَ فِى ٱلۡأَرۡضِ) [56] وكل هذا لا يتم إلا بوجود الإنسان فالعبادة وخلافة الأرض وعمارتها لا تتم إلا عن طريق التكاثر. ومن نصوص السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: « تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم » [57].

وبما أن الإنسان يميل إلى الجنس الأخر فليس أمامه، إلا أن يقضي وطره بالحلال وهذا لا يتم إلا بملك اليمين والتسري، أو الزواج وهذان الأولان غير موجودين فلم يبق أمام الإنسان إلا الزواج. ولكل هذا نجد أن هنالك من الفتيات من يفوتهن قطار الزواج بسبب أو آخر وما أكثر هذه الأسباب في زماننا الحاضر خاصة والأمر لا يخفي مما توصلت إليه المجتمعات الإسلامية من خروج الفتيات وراء الحاضرة الزائفة وضيق العيش وعدم سترهن بالزواج وليس هنالك حل لهذا الأمر إلا بالتعدد لإعادة توازن المجتمع المسلم.

وهذا يقودنا إلى الإيجابية الثانية وهي الآثار الصحية والنفسية، إن الله سبحانه وتعالى خلق للإنسان عدة أجهزة في جسمه ولكل جهاز وظيفة خاصة يؤديها والجهاز التناسلي في الإنسان هو جهاز مثل بقية الأجهزة له وظيفته ومتعته التي وهبها الله سبحانه وتعالى لهذا الجهاز، فلولاه لما سعى الإنسان للزواج والتكاثر وإعمار الأرض، وغريزة الجنس أرادها الله تعالى في الإنسان أن توظف في الطريق السوي السليم، وهو الزواج الشرعي الذي يؤمن الاستقرار النفسي والصحي قال تعالى: (وَمِنۡ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجًا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحۡمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَأَيَـٰتٍ لِّقَوۡمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [58].

فهذه أية من آيات الفطر الإلهية، وهي أقوى ما تعتمد عليه المرأة في ترك أبويها وإخوتها وترضى بالاتصال برجل غريب تكون له زوجة. فإذا انعدم هذا الجانب ساءت حالتها النفسية وتدهورت حالتها الصحية وانخرطت في سلك الرذيلة إلا من حفظت الله فحفظها.

---

(55) سورة البقرة، الآية ٣٠.

(56) سورة فاطر، الآية ٣٩.

(57) أخرجه أبو داؤود في سننه، كتاب النكاح، باب النهي عن التزويج من لم يلد من النساء (٢٠٥٠)، ٢٢٠/٢.

(58) سورة الروم، الآية ٢١.

وهنالك أيضاً الآثار الاقتصادية والاجتماعية فإن أكثر الشباب قبل الزواج لا يشعرون بالمسئولية تجاه أغلب متطلبات الحياة التي تخص المنزل وإدارته كما أنهم يكونون أكثر إسرافاً وأقل تدبيراً وحرصًا لقلة المسئولية التي يتحملونها كما أن منهم من يكون معتمداً على عائلته ولا يزاول أي عمل لكسب المال لسد احتياجاته. وينعكس الأمر بعد الزواج فإن كل من الزوجين سيحرص على الاهتمام بكل متطلبات الحياة لتحملهم المسئولية كاملة فيسعوا إلى اكتساب الرزق. إن الله عز وجل يقول :" وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَى مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَٱللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ"[59].

كما أن المساعدة في الزواج تعتبر من أبواب البر التي يؤجر الإنسان عليها فقد ورد عن أبي عبد الله رضي الله عنه قال : (قال أمير المؤمنين عليه السلام أفضل الشفاعات أن تشفع بين اثنين في نكاح حتى يجمع الله بينهما) [60]. وقال أيضاً : (من زوج أعزب كان ممن ينظر الله عز وجل له يوم القيامة). يترتب على تعدد الزوجات صون عدد كبير من النساء، والقيام بحاجتهن من النفقة والمسكن وكثرة الأولاد، والنسل وهذا أمر مطلوب للشارع.فالأمة الإسلامية بحاجة ماسة إلى كثرة النسل بتقوية صفوفها والاستعداد لجهاد الكفار فلا يكون ذلك إلا بكثرة الزواج من أكثر من واحدة وكثرة الإنجاب.

وبعد ذلك لابد أن نقول إن الإسلام هو نظام واقعي إيجابي، يتوافق مع فطرة الإنسان وتكوينه ويتوافق مع واقعه وضروراته ومع ملابسات حياته المتغيرة في شتى البقاع وشتى الأزمان، فهو يرتقي بالإنسان ليرتفع به إلى القمة السامقة في غير إنكار لفطرته أو إغفال لواقعه، فإذا استصحبنا هذه الخصائص، نجد أن في نظام تعدد الزوجات كثيرًا من الإيجابيات والتي تفوق ما ذكرناه في هذا المطلب.

---

[59] سورة النور، الآية ٣٢.

[60] محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ص ١٦٩، دار المرتضى للطباعة والنشر، أولى ٢٠٠٧م.

وما ذكرناه من السلبيات لم يكن نشوؤها عند بعض الرجال إلا لعدم تطبيقهم لأحكام الشرع وعدم التزامهم بالشروط التي ذكرت.

وتتمة للفائدة، تقول إحدى النساء أنا مع الزواج الثاني لكن بشروط مثلاً أن تكون الزوجة مريضة أو بها من الأسباب ما يستدعي الزوج أن يتزوج بأخرى.

يقول الدكتور محمد هلال الرفاعي اختصاصي أمراض النساء والتوليد عدم الزواج أو تأخيره يعرض المرأة لأمراض الثدي أكثر من المتزوجة وكذلك سرطان الرحم والأورام الليفية وقد سألنا أكثر المترددات على العيادة هل تفضلن عدم الزواج أم الاشتراك مع أخرى في زوج واحد، كانت إجابة الأغلبية هي تفضيل الزواج من رجل متزوج من أخرى عن العنوسة الكئيبة بل أن بعضهم فضلن أن تكون هي زوجة ثالثة أو رابعة على البقاء في شبح العنوسة [61].

المطلب الثالث: الشبهات والرد عليها:

إن نظام تعدد الزوجات كما تناولنا سابقاً يحفظ المجتمعات الإسلامية والإنسانية من الفساد الخلقي الذي، يؤدي إلى انتشار البغاء وكثرة اللقطاء، حيث أصبحت أغلب المجتمعات في أوربا والغرب تعج بأبناء السفاح ففي عام ١٩٦٨م نشرت صحيفة الأخبار المصرية الرائعة الصيت إحصائية رسمية أمريكية (أنه يولد سنويًا في مدينة نيويورك طفل غير شرعي من كل ستة أطفال يولدون) ولا شك أن العدد على مستوى الولايات الأمريكية المتحدة يبلغ الملايين من مواليد السفاح سنويا [62]، كما نشرت أيضًا جريدة الميدان المصرية الأسبوعية بالقاهرة إحصائية أكدت فيها الباحثتان غادة محمد إبراهيم وداليا كمال عزام في دراستهما تراجع حالات الزواج بين الشباب بنسبة ٩٠٪ بسبب الغلاء والبطالة، وأكدت الأرقام أنه بين كل عشر فتيات مصريات في سن الزواج ""الذي تأخر من ٢٢ إلى ٣٢ سنة "" تتزوج واحدة فقط كما أن الزوج نفسه يكون قد تخطى سن الخامسة والثلاثين وأشرف على الأربعين حيث ينتظر الخريج ما

---

[61] جمعة الخولي، ص ٢٧٩.

[62] صحيفة الأخبار المصرية عدد ١٩٦٨/٧/٢م.

بين ١٠ إلى ١٢ سنة [63]. بعد ذلك أشارت الصحيفة إلى أن العلاقات المحرمة في ازدياد مضطرد وكذلك ظاهرة الزواج العرفي بين مجتمعات الشباب الجامعي وغيره، في ظل وجود كثير من النساء بلا زواج.

وقد أثار أعداء الإسلام بعض شبه نحو نظام تعدد الزوجات وهي ولله الحمد شبه وليست حقائق ومن تلك الشبه:

- إباحة الدين الإسلامي للرجل أن يعدد زوجاته وتحريم ذلك على المرأة.
- يكون الزواج بأكثر من امرأة سببًا في إثارة الخصام والنزاع بين أفراد الأسرة الواحدة الأمر الذي يؤدي إلى تفكك الأسرة وتشرد الأطفال.
- إن في تعدد الزوجات ظلمًا للمرأة وهضمًا لحقوقها وإهدار لكرامتها ووسيلة لتسلط الرجل عليها من أجل إشباع شهواته.
- يؤدي تعدد الزوجات إلى إهمال تربية النشء وتشرده.
- يكون تعدد الزوجات سببًا رئيسيًا في كثرة النسل الذي يؤدي إلى انتشار الفقر والبطالة في البلاد.
- الظروف الاقتصادية في العصر الحديث لا تسمح للرجل أن يعدد زوجاته لأن هذا التعدد يفرض عليه أعباء مالية في الوقت الذي ازدادت فيه مطالب كل فرد مع قلة الموارد المالية.

وللردعلى هؤلاء المتشككين والقاصرين في فهم نظام تعدد الزوجات:

نقول: إن الله سبحانه وتعالى شرع التعدد وأباحه لعباده وإن التعدد سنه أنبياء الله عليهم أفضل الصلاة والسلام فقد تزوجوا وجمعوا في حدود شريعة الله، فالتعدد يكون في معظم الأحيان سياجًا يحمي الأسرة والمجتمع من التصدع ويصون المرأة من الضياع والحرمان. في ما يخص الشبه الأولى فنقول إن المساواة بين الرجل والمرأة في نظام الزواج لا ينبغي أن تكون مساواة مطلقة لاختلاف طبيعة كل من الرجل والمرأة، والمساواة بين مختلفين تعني ظلم أحدهما، فالمرأة خلق الله تعالى لها رحم واحد، وهي

---

[63] صحيفة الميدان الأسبوعية عدد الثلاثاء ٦ مايو ١٩٩٧م.

تحمل في وقت واحد، ومرة واحدة في السنة، ويكون لها تبعا لذلك مولود واحد من رجل واحد والرجل غير ذلك فهو من الممكن أن يكون له عدة أولاد من عدة زوجات ينتسبوا إليه ويتحمل مسئولياتهم مع أمهاتهم.فإذا تزوجت المرأة بثلاثة أو أربعة رجال فمن هو الرجل الذي يتحمل مسئولية الحياة الزوجية الأول أم الثاني أم الثالث أم جميعهم.

ثم لمن ينتسب أولاد هذه المرأة المتعددة الأزواج ينتسبون لواحد من الأزواج أم لهم جميعًا أم تختار أيهم يكون؟[64]. وفي الحقيقة إن سنة الله في خلقة جعلت نظام الزوج الواحد والزوجة الواحدة يصلح لكل من الرجل والمرأة، وجعلت نظام التعدد لا يصلح للمرأة، ولكنه مناسب للرجل فلو تزوجت بأكثر من رجل لأتى الجميع من دماء متفرقة فيتعذر عندئذ تحديد الشخص المسئول عنهم اجتماعيًا واقتصاديًا وقانونيًا وإن المسئولية تقوم على نظام رابطة الدم وهي رابطة طبيعية متينة فبغير اختصار المرأة على زوج واحد، لا يستطيع الرجل أن يعرف الأصل الطبيعي له ولأولاده [65].

كما أن تعدد الأزواج يمنع المرأة من آداب واجبات الزوجية بصورة متساوية وعادلة بين أزواجها سواء كان ذلك في الواجبات المنزلية أو في العلاقات الجنسية، وبخاصة أنها لها أيام في كل شهر يجب أن تكون بعيدة فيها عن الزوج وإذا حملت تمكث تسعة أشهر في معاناة تحول دون القيام بواجباتها نحو الرجل وعند ذلك سيلجأ الأزواج بلا شك إلى الخليلات فتكون الحياة غير مستقرة [66]. ويكون الفساد والانحلال الاجتماعي.

إن المجتمع لا يستفيد شيئًا من نظام تعدد الأزواج للمرأة، فإذا أتيح للمرأة تعدد أزواجها لازداد عدد العانسات زيادة كبيرة وأصبح النساء في فساد اجتماعي لا يحسدن عليه [67].

---

(64) سعيد الجندول، الجنس الناعم في ظل الإسلام، بيروت ١٣٩٩هـ ص ٧٣-٧٤.

(65) عبد الناصر العطار، تعدد الزوجات، ص ١٣-١٦.

(66) محمد عبده، المسلمون والإسلام، القاهرة ١٩٦٤م ـ ص ٩٤.

(67) عبد الناصر العطار ـ تعدد الزوجات ـ ص ١٣، مرجع سابق.

وهكذا ليست من العدالة في شيء أن يباح للمرأة تعدد أزواجها بحجة مساواتها للرجل، كما أنه ليس عدلاً أن يحرم الرجل من صلاحيته في أن يعدد زوجاته بدعوى مساواته بالمرأة.

أما الشبهة الثانية القائلة بأن تعدد الزوجات يؤدي إلى قيام النزاع بين أفرادالأسرة نقول إن هذا النزاع يرجع إلى الغيرة الطبيعية التي لا يمكن أن تتخلص منها النفوس البشرية فالغيرة موجودة في أي مكان تتساوى فيه الفرص للأفراد وهكذا تظهر الغيرة بين النساء في ظل نظام تعدد الزوجات وهي شيء عاطفي والعاطفة لا يصح أن تقدم في أي أمر من الأمور على الشرع [68].

والضرر الذي يلحق بالمرأة نتيجة للتعدد أخف بكثير من الأضرار التي تلحق بها في حالة بقائها من غير زواج.

ويلاحظ أن الغيرة بين الزوجات لم تمنع الرسول عليه الصلاة والسلام والصحابة من الأخذ بنظام التعدد، والسبب في النزاع المستمر يرجع إلى تهاون الزوج وضعفه وعدم عدله بالإضافة إلى ضعف الوازع الديني في نفوس بعض الزوجات بحيث لا يستطعن كبح جماح الغيرة ومن ثم يعملن على إلحاق الضرر بضرائرهن وتعكير صفو الأسرة [69].

كما يلاحظ أن النزاع بين الزوجات وبين الزوج إنما يحدث في الغالب من أجل الحصول على مطلب من مطالب الحياة الأسرية من مأكل، وملبس، ومسكن، وماشابه ذلك والنزاع الأسري شيء طبيعي حتى من غير تعدد.

وعلى الرجل الأخذ بزمام الأمور لأن الله أعطاه القوامة قال تعالى : "الرجال قوامون على النساء " فإن الأخذ بالقوامة الشرعية يؤدي إلى العدل الذي يؤدي إلى استقامة الأمر.

---

[68] زكي شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، ص ٤٣.

[69] محمد عبد الله عرفة، حقوق المرأة في الإسلام، ص ٩٦، القاهرة ١٣٨٨.

الشـبهة الثالثـة: إن في نظـام تعـدد الزوجـات هضـماً لحقـوق المـرأة وإهـداراً لكرامتها.!!!

- يقول أحد المفكرين الغربيين المنصفين عن هذا الموضوع:

- إن نظام الزواج بامرأة واحدة فقط وتطبيقه تطبيقاً صارماً قائم على أساس افتراض أن عدد الجنسين متساوياً ومادامت الحالة ليست كذلك فإن في بقائها قسوة بالغة إلى من تضطرهن الظروف إلى البقاء عانسات[70] كذلك نرى أن التعدد صيانة للمرأة بجعلها زوجة فاضلة بدلاً أن تكون خليلة أو عشيقة، ويجب أن يعلم النساء أن إيجابية التشريع في تعدد الزوجات يحقق آمال الكثير من النساء اللواتي لهن الحق في أن يكن زوجات وأمهات وربات بيوت وعدم أخذ الرجال بنظام التعدد قد يؤدي إلى بقاء الكثيرات من النساء بلا زواج ولا أولاد ولا أسر، وهذا يمثل خطراً كبيراً على المرأة نفسها وعلى المجتمع الذي تعيش فيه[71].

وليس في إباحة الزوجات في التعدد ظلماً للمرأة ولا هضماً لحقوقها فقد أعطاها الإسلام الحق في أن تشترط في عقد الزواج أن لا يتزوج زوجها عليها ويكون لها حسب هذا الشرط الخيار في أن تطالب بفسخ عقد الزواج إذا تزوج زوجها عليها لأن الزوج قد تخلى بشرط من شروطه، أو ترضى بالأمر الواقع وتقبل بمشاركة غيرها لها في بيت الزوجية.

ولو فات الزوجة أن تشترط هذا الشرط في عقد الزواج فإن الشريعة الإسلامية تعطيها الحق في طلب الطلاق إذا قصر زوجها في حق من حقوقها [72] أو وقع عليها ضرر.

وإذا كان التعدد يلحق بعض الضرر بالمرأة التي يتزوج عليها زوجها، فإن منفعته مؤكدة للزوجة الجديدة لأنها لم تقبل بالزواج من رجل متزوج في الأصل إلا لأنها ترى

---

(70) محمد فتحي عثمان، الفكر الإسلامي والتطور، ص ٢٣٢.

(71) محمد عبد الله عرفة، حقوق المرأة في الإسلام، ص ٨٧ وما بعدها.

(72) أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، ص ٧٦.

في قبولها فائدة لها، وأن الضرر الذي ينالها كزوجة ثانية أقل بكثير من الأضرار التي ستتعرض لها إذا بقيت بدون زواج، والضرر الكثير يدفع كما هو معروف شرعاً بالضرر القليل.

أما بخصوص تشرد الأطفال، وارتباطه بتعدد الزوجات فيقول الشيخ محمود شلتوت [73]:

إنه ليس لتعدد الزوجات سبب في تشرد الأطفال والنسبة لا تتعدى أكثر من (٣٪) ثلاثة بالمائة وهي نسبة ضئيلة جداً لا يصح أن تذكر، للتفكير في وضع حد للتعدد مع تلك الفوائد الاجتماعية التي ذكرت. واعتمد الشيخ شلتوت في كلامه هذا على إحصائية أجراها مكتب الخدمة الاجتماعية في القاهرة لبحث حالات التشرد.

أما الشبهة الرابعة : تقرر أن التعدد يؤدي إلى كثرة النسل، وكثرة النسل تؤدي إلى البطالة والفقر، وهذا بطبيعة الحال منطق غير سليم ومرفوض، فكثرة النسل مع حسن التربية من أعظم عوامل قوة الأمة وازدهار حياتها، وأوضح الأمثلة على ذلك: اليابان والصين، ثم إن البطالة والفقر موجودان كما نعلم في بعض البلاد العربية والإفريقية وأستراليا مع أن أرضها واسعة ومواردها كثيرة ولو أحسن أهلها استغلالها لزال الفقر واختفت البطالة واستوعبت تلك البلاد أضعاف من يعيشون فيها، ونرى أن الإكثار من النسل في البلاد الإسلامية مطلب شرعي ومهم لدعم الأمة وقوتها والدفاع عن الدين ونشره فهو يساعد الأمة على زيادة الإنتاج الزراعي والصناعي والتجاري وبه يستغني المسلمون عن العمالة الأجنبية المخالفة لهم في المعتقد والعادات والتقاليد وأخيراً فإن كثرة النسل في المجتمعات الإسلامية ليست سببًا في الفقر فإن رزقهم على الله تعالى وهو الرزاق ذو القوة المتين.

وكثرة الأولاد توسع في الرزق ولا تضيقه قال الله تعالى في محكم كتابه العزيز: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَـادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا)[74].

[73] محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ص ١٩٠.

[74] سورة الإسراء، الآية ٣١.

الشبهة الأخيرة: وهي إن الظروف الاقتصادية في العصر الحديث لا تسمح للرجل بأن يعدد زوجاته، لأن هذا التعدد يفرض عليه أعباء مالية كثيرة فهو سيكون مطالباً بالإنفاق على عدد من الزوجات والأولاد في الوقت الذي ازدادت فيه مطالب كل فرد، وقلت في الوقت نفسه الموارد المالية.

يرجح القول أن قضية تعدد الزوجات قضية اجتماعية ودينية وليست قضية اقتصادية، وأن المشكلات الاقتصادية التي تتعرض لها الأسرة عند تعدد الزوجات أهون بكثير من المشكلات الاجتماعية التي تتعرض لها عندما ترتفع نسبة العوانس والمطلقات والأرامل.وأن المشكلة الاقتصادية التي تتعرض لها الأسر في هذا الزمان هي مشكلة عالمية وليست تعدد الزوجات سبباً فيها ولن يكون سبباً لها.

والإنسان لا يضمن رزقه في ظل نظام الزوجة الواحدة حتى يشكو منه في ظل تعدد الزوجات، وقد يكون للرجل الواحد زوجة واحدة ولكنها مسرفة ومبذرة وأكثر خطورة اقتصادية من أربع زوجات صالحات مدبرات لدى رجل واحد، وفي العصر الحديث في بعض البلاد الإسلامية نجد أن دخل الفرد يزيد كلما زاد عدد زوجاته، لأن أبواب العمل أصبحت مفتوحة أمام النساء، وكل امرأة تعمل تحصل على راتب شهري وهذا يتيح للزوجة والزوج فرصة طيبة لرفع مستوى المعيشة وتحقيق بعض الرفاهية لكل أفراد الأسرة.

وحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلق الإنسان يبين الرزق والأجل والعمل والشقاوة والسعادة تكتب على الإنسان عند نفخ الروح وهو في بطن أمه بعد مضي ١٢٠ يوماً [75]. ولا يخرج أي إنسان للحياة إلا ورزقه مقدر له من الله فيجب التوكل عليه سبحانه وتعالى[76].

---

[75] انظر هذا الحديث بتمامه وشرحه الذي رواه البخاري ومسلم في جامع العلوم والحكم لابن رجب، ص ٥٤-٥٥.

[76] تعدد الزوجات في الإسلام محمد بن مسفر الزهراني، مجلة البحوث الإسلامية، ص ٢٦٤.

المبحث الرابع

المركز القانوني لتعدد الزوجات

إن الشريعة الإسلامية جادت بأحكام وافية في مجال الأحوال الشخصية ولا يستطيع الإنسان وضع التشريعات المناسبة في هذا الجانب إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية والأصول التي يقوم عليها الفقه الإسلامي لأن الشريعة الإسلامية لا تناقض فيها ولا اختلاف، وأصولها العقائدية مرتبطة بفروعها التشريعية، لذا فإن الذين يدخلون أحكامًا مستوردة في الأحكام التشريعية يحدثون التناقض فيها والسبيل الذي يقودنا إلى معالجة الأحكام في الأمور المستجدة هو اتباع المنهج الاجتهادي لا استيراد الأحكام من القوانين الوضعية الأخرى.

وهنالك كثير من الأحكام النشاز في قوانين الأحكام الشخصية في بعض البلاد العربية، وتناقض في الحكم الشرعي مناقضة صريحة، وإن حاولت المذكرات التوضيحية للقانون إلحاق النصوص بها لجعل تلك الأحكام متفقة مع الشريعة ومن تلك الأحكام ما يمنع تعدد الزوجات [77].

إن المنهج السليم هو العمل بالأحكام المتفق عليها والأحكام قطعية الدليل أما المختلف فيها فيجب أخذ الراجح منها وفق منهج الترجيح وسوف نتعرض في هذا المبحث لبعض قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد.

المطلب الأول: القانون العراقي:

إن موقف القانون العراقي في مسألة تعدد الزوجات موقف يستحق الذكر والإشارة إليه فقد نظم القانون العراقي أحكام في الباب الأول لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في المادة (٨- ١١) وهو فصل لأحكام عقد الزواج والخطبة، ولم يضع القانون نصاً يمنع فيه تعدد الزوجات، وهذا دليل على إباحته، ولكن بالمقابل وضع أحكاماً تقيد تعدد الزوجات وتسلب الرجل حق اختيار هذا النظام وممارسة الحق الشرعي.

---

[77] منع القانون التونسي تعدد الزوجات وعده جريمة يعاقب عليها بالسجن وبطلان الزواج، راجع أبو زهرة عقد الزواج وآثاره، ص ٨.

والمشرع العراقي رتب أثاراً قانونية يتعرض بموجبها الزوج إلى العقوبة التي تصل إلى حد الحبس لمدة سنة واحدة إذا عقد الزواج خارج المحكمة ، أما إذا كان الزوج قد عقد زواجه خارج المحكمة مع قيام الزوجية أي بمعنى أن يتزوج بامرأة أخرى مع وجود زوجة أو أكثر تحت ذمته فقد عدها جريمة يعاقب عليها القانون وغلظ العقوبة بالقياس مع الذي يعقد زواجه خارج المحكمة ولم يكن متزوجاً في حينه وحدد لها العقوبة التي لا تزيد على خمس سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات [78].

أوقف العمل بالفقرة (١) من هذه المادة بموجب المادة (١) من قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كردستان – العراق، رقمه ١٥ لسنة ٢٠٠٨، واستبدلت بالنص الآتي :

١- الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة والمسئولية المشتركة طبقا لأحكام هذا القانون

٢- يوقف العمل بالفقرات (٤، ٥، ٦، ٧) منها ويحل ما يلي:

٣- يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية:

أ/ موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة.

ب/ المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة.

ج/ أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية تكفي لإعالة أكثر من زوجة واحدة على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة عند إجراء عقد الزواج.

---

[78] راجع أحكام الفقرة خمسة م ١٠ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

د/ أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجين في القَسم وغيره من الالتزامات الزوجية (المادية والمعنوية).

هـ / أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عدم التزوج عليها في عقد الزواج.

و/ كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أي من الفقرات (ا،ب،ج،د،هـ) من هذه المادة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار.

ز/ لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة (و) أعلاه .

أضيفت الفقرة (٧) إلى هذه المادة بموجب <u>قانون التعديل السادس لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩</u>، رقمه ١٨٩ صادر بتاريخ ١٩٨٠، وتتضمن الآتي :

لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين :

- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة اكثر من زوجة واحدة.
- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين ٤و٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أوبهما.

وترى الباحثة أن وضع القيود يعتبر من أهم مقومات تفشي الرذيلة في المجتمع. والشروط التي أوجبها المشرع هي غير ذات نفع فحتى لو وافقت الزوجة الأولى فإن الأمر لا ينتهي بل يجب استحضار الإذن من القاضي فترك تقدير ذلك إلى القاضي في هذه الأمور، لا ينسجم مع مسيرة المجتمع فالأمر يتعلق بسلوكيات وقناعات الأفراد والسلطة التقديرية للقاضي تدور حول توفر شرطين : الأول توفر الملاءمة المالية أو الكفاءة لإعالة أكثر من زوجة.فلم يرد في الإسلام شرط توفر الملاءمة المالية.

ما جاء في نص الفقرة (٥) من المادة (٨) (إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي).

كيف يستطيع القاضي أن يلتمس القدرة على العدل، حيث إنه لا توجد ضوابط لتحديد ذلك، وهذا يعتبر خوفاً على أمر مستقبلي غير متحقق في وقته، ومما تقدم يلاحظ أن هذه النصوص بحاجة إلى إعادة نظر.

المطلب الثاني : موقف القانون المصري والتونسي :

كانت الشريعة الإسلامية هى القانون المطبق في البلاد الإسلامية، وأصبحت كل المسائل تنظم بقوانين وضعية، وامتد الأمر ليشمل الأحوال الشخصية، وقد اختلفت التشريعات في تناولها لقضية التعدد ما بين مضيق ومانع، وسنتناول في هذا المطلب كل من القانون المصري والتونسي من التعدد، ثم القانون الإماراتي، ثم القانون السوداني.

رغم الأسباب الكثيرة والحكم العديدة لتعدد الزوجات ورغم القيود التي فرضها الشارع على هذه الإباحة، فإن المنتقدين لتعدد الزوجات لم يقفوا إلى حد النقد، بل تعدوه إلى وضع القوانين التي تمنع التعدد إلا بعد تأكد القاضي من تحقق ماشرطه الشارع لإباحة التعدد، وهو العدل والقدرة على الإنفاق وهذه الدعوات ليست جديدة وإنما هي دعوة قديمة نادى بها الكثيرون من المتأثرين بالأفكار الأوروبية، وكان من أول من نادى بهذه الفكرة من الشرعيين هو الشيخ محمد عبده فقد حمل على التعدد حملة شعواء وقدم إلى الحكومة اقتراحاً تضع بموجبه نظاماً تشرف به على تعدد الزوجات حتى لا يقدم عليه من ليس أهلاً له لكن الحكومة لم تأخذ به، وقام تلاميذه من بعده بالدعوة إلى ماكان يدعو إليه أستاذهم، ولما ألفت في عام ١٩٢٨ لجنة تعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية وكان أكثر أعضائها من تلاميذ الشيخ محمد عبده وضعوا مقترحات تتضمن تقييدًا لتعدد الزوجات قضائيًا ولكن قامت معارضة شديدة لهذا المشروع وتناوله رجال الفقه بالنقد مما أدى إلى العدول عنه.

وفي عام ١٩٤٥ وضعت وزارة الشئون الاجتماعية مشروعاً يقضي بتقييد تعدد الزوجات بحيث لا يباح إلا بإذن القاضي الشرعي حيث جعل الشرطين اللذين قيدت الشريعة إباحة التعدد بهما، يخرجان عن نطاق التكاليف الدينية التى تكون بين العبد وربه إلى التكليف القضائي فيمنع ولي الأمر من توثيق عقد زواج من له زوجة، حتى

يتأكد القاضي من عدالته وقدرته على الإنفاق على أكثر ممن في عصمته ومن تجب عليه نفقته.

أما في تونس فقد اتجه المشرع فيها اتجاهاً متشدداً حيث ألغى تعدد الزوجات ونص على ضرورة الاحتفاظ بزوجة واحدة فقط واعتبر الزواج بثانية باطلاً لا ينتج أثراً كما جاء في نص المادة العاشرة من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ((تعدد الزوجات ممنوع وإن تزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقابًا بالحبس مدة العام)). وقد أعلن المحامي التونسي فتحي الزغل مؤسس منتدى حريات ومواطنة، عن إطلاقه حملة تهدف إلى إقرار قانون يسمح بتعدد الزوجات في تونس.

وقال المحامي في بيان له (إننا ننظر إلى مسألة التعدد بمنظار شرعي، أحله الله ليكون حلاً لمشكلات أسرية واجتماعية نعاني كثيراً منها في بلدنا، لا ترقي كل الحلول له). وساق المحامي التونسي في نفس البيان مجموعة من الأسباب التي دفعته إلى إطلاق حملته. منها الإحصائيات التي أصدرها الوطني للأسرة والعمران البشري أظهرت تفشياً خطيراً لظاهرة العنوسة في المجتمع (أكثر من مليون وثلاثمئة ألف شابة بين سن الـ ٢٥ والـ٣٤ غير متزوجات).

القانون الإماراتي:

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فلم يشير إلى التعدد بنص محدد ولكنه أشار في المادة ٦/٥٥ إلى العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة كما جاء في المذكرة التوضيحية (فالعدل الواجب بين الزوجات، هو العدل الذي يستطيعه الإنسان، وهو العدل في المعاملة والنفقة وفيما يفرضه الشرع من حقوق للزوجة) وهذا يدل على أن القانون الإماراتي لم يضيق في التعدد ولم يوسع فيه بل ترك الأمر على ما جادت به الشريعة الإسلامية.

القانون السوداني:

أما قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م لم يمنع التعدد وترك الأمر كما جاء في الشريعة الإسلامية وقد أشار بطريقة ضمنية لإمكانية التعدد وذلك من

خلال نص المادة ٧٩ منه والتي نصت على أنه للزوجة الحق في امتناعها السكنى مع زوجها إذا كان في الدار ضرة). وكذلك تعرض لهذا التعدد في المادة (١٩) في باب المحرمات على التأقيت حيث جاء فيها الآتى: (يحرم بصورة مؤقتة : ب - التزوج بما يزيد على أربع ولو كانت إحداهن في العدة). وبمفهوم المخالفة أنه يجوز التزوج بأربع أو أقل. وأيضاً أشار في المادة (٢/٣٥٧) ميراث الزوجة بالآتي : (إذا تعددت الزوجات فيقسم الفرض بينهم بالتساوي). ومن خلال تلك النصوص نجد أن القانون السوداني لم يمنع التعددية في الزواج. ولكننا نرى أن العزوف عن الزواج أصبح ظاهرة متفشية في المجتمع السوداني ويرجع ذلك لأسباب رئيسية اقتصادية الشيء الذي يحتم على المشرع السوداني ضرورة وجود حلول بوضع وسن نصوص قانونية لتيسير عملية الزواج والتسهيل على الشباب وغيرهم ممن يرغبون في الزواج أو التعدد.

المطلب الثالث : موقف القانون الليبي والفرنسي :

القانون الليبى في تناوله لقضية تعدد الزوجات متذبذب، فتارة يقترب من القانون المصري الذي يضيق من التعدد وتارة يقترب من القانون التونسي الذي يحظر التعدد.

ففي القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٨٤م نصت المادة ١٣ على أنه ((يجوز للرجل أن يتزوج بأخرى بعد إذن يصدر من المحكمة المختصة بعد التأكد من ظروفه الاجتماعية وقدرته المادية والصحية وكما يجوز للرجل المطلق الزواج بعد إثبات طلاقه من زوجته الأولى وفقاً لأحكام هذا القانون)) والواضح من هذا النص أن القانون قيد التعدد وجعله مقصوراً على ما يأذن به القاضي. ثم اتجه القانون إلى التشديد في القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩١م بتعديل م١٣ من القانون ١٩٨٤/١٠م حيث نص على ((أ ـ الحصول على موافقة كتابية رسمية من زوجته التي في عصمته أو صدور إذن من المحكمة بذلك. ب ـ التأكد من ظروف طالب التعدد الاجتماعية وقدرته الصحية والمادية وفي حالة تخلف أحد الشرطين يعتبر الزواج باطلاً)) وبذلك نرى أن القانون أضاف إلى الشروط الواردة في القانون السابق شرط الحصول على الموافقة الكتابية من الزوجة إذا لم يصدر إذن من المحكمة، وجعل العقد الثاني باطلاً في حالة تخلف أحد الشرطين. ثم اتجه المشرع اتجاهاً يقترب فيه من المشرع التونسي الذي يرفض التعدد حيث نص في

المادة الأولى من القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤م بأنه يجوز التعدد بشرطين هما ((أ - موافقة الزوجة التي في العصمة أمام المحكمة الجزئية المختصة. ب - صدور حكم بالموافقة من المحكمة المختصة في دعوى تختصم فيها الزوجة فإن لم يتم مراعاة الشرطين كان الزواج باطلاً وللمرأة أن تتقدم بدعوى شفوية أو كتابية لطلب تطليق الزوجة الثانية لأقرب محكمة لها كما يجوز لها أن تقدم شكواها عن طريق اللجنة الشعبية للمؤتمر الشعبي أو لأقرب مأذون أو إمام جامع أو نقطة أمن شعبي محلي أونقابة.... وعلى هؤلاء إحالة الشكوى في أقرب وقت إلى المحكمة المختصة)).

وقد انتقد كثير من المختصين هذا الاتجاه من المشرع في منع وتقييد التعدد ويرون أن كل القوانين التي تقيد أو تمنع التعدد يمكن الإفلات منها بكل سهولة ويسر وذلك استناداً إلى المادة التي أجازت للرجل الزواج بعد إثبات طلاقه من زوجته الأولى فكل ما عليه فعله هو تطليق زوجته الأولى وإثبات واقعة الطلاق أمام المحكمة ثم التقدم للمرأة الأخرى والعقد عليها ولما كان طلاق الأولى في الأصل رجعياً فيجوز إعادة زوجته الأولى إلى عصمته دون إعلام المحكمة أو الحصول على إذنها أواتخاذ أي إجراء لأن الرجعة لاتحتاج إلى شيء من ذلك.

ويرى البعض أن يوضع حل وسط ينص على أنه ((يجوز للرجل أن يتزوج بأخرى وللمرأة الحق في أن تشترط على من يريد الزواج منها ألا يتزوج عليها وإذا لم يوف بالتزاماته تكون لها الحرية في طلب فسخ العقد أو التطليق)).

بينما الكثيرون يرون أن يترك الأمر على ماشرعه الشارع الكريم، وأن الضوابط والشروط التى وضعها كفيلة لحفظ حقوق كل من الرجل والمرأة على حد سواء، وهذا هو الذي نرجحه.

المطلب الرابع: موقف القانون الفرنسي:

مع التحول الكبير الذي صاحب الثورة الفرنسية في مفهوم الزواج، لم يعد عقد الزواج إجراء ديني له قدسيته وإنما أصبح عقداً من العقود المدنية، إلا أن القوانين الغربية لم تستطع أن تلغي تجريم تعدد الزوجات من القوانين العقابية، وذلك رغم إلغاء تجريم الزنا وإخراجه من نطاق قانون العقوبات منذ عام ١٧٩١م في فرنسا.

وهذا يدل على صعوبة الإقدام – لدى الغرب – على إلغاء تجريم تعدد الزوجات حتى مع التحول الثوري الذي صاحب الثورة الفرنسية وتغيير العديد من القيم الاجتماعية. وقد كان تفسير الفقه الجنائي لهذا الموقف أن جريمة الزنا – في تقديرهم - جريمة خاصة لا تهم سوى الزوج أما تعدد الزوجات فليس أمراً عائلياً وإنما هو بمثابة جناية اجتماعية تشكل اعتداء على النظام المقرر للعائلات ويسبب اضطراباً وفوضى وعصيان اجتماعي. فالقانون الغربي لم ينظر إلى تعدد الزوجات أو الجمع بين زوجتين على أنه كالزنا، يمثل انتهاكاً لواجب الإخلاص العائلي، وإنما ذهب لما هو أبعد من هذا فقرر أنه أشد جسامة منه، ولذلك قرر القانون الفرنسي عقوبة مشددة للجمع بين زوجتين تتمثل في السجن لمدة أثني عشر عاماً، ولكن إزاء زيادة حالات الجمع بين زوجتين حدث تعديل في القانون العقابي بتخفيض العقوبة.

ومن الناحية المدنية أورد القانون المدني نصاً بأنه (لا يحق إبرام عقد زواج ثانٍ قبل انحلال الأول) وقرر ضرورة أن يؤشر عند الزواج أمام اسم الزوج بدفتر المواليد حتى لا يستطيع الزوج أن يقدم على إبرام زواج ثانٍ إلا إذا قدم ما يفيد انتهاء زواجه الأول، غير أن هذا لا يصلح لسد باب تعدد الزوجات في الغرب، لإمكان حصول الزواج خارج فرنسا، أو من شخص غير مولود بفرنسا أو بالتواطؤ أو الخطأ مع موظف الحالة المدنية الذي يطوله العقاب في حالة التواطؤ.

ورغم هذا التشديد والطعن في نظام التعدد فقد جاء في شبكة النبأ المعوماتية أن المحكمة الدستورية العليا تنظر في السماح بتعدد الزوجات بأمريكا، وذلك بالنظر في التماس قدمه مواطن مسيحي أدين بتعدد الزوجات في ولاية يوتاه الأمريكية يطالب بإعادة النظر في إدانته، وجاء في الالتماس أن القوانين التي تحظر تعدد الزوجات عفى عليها الزمن بالنظر إلى عادات الحياة العصرية والقوانين الجديدة التي تكفل حرية وحقوق الخصوصية، واستند قرار المحكمة العليا في الولاية بإدانة المواطن المسيحي بتعدد الزوجات وممارسة جنس محظور؟؟ وحكم عليه بالسجن لمدة عام.

والجدير بالذكر أن نحو ٣٧ ألفاً من أعضاء الطائفة المارونية المسيحية التي أسسها جوزيف اسميث مؤسس كنيسة قساوسة اليوم الآخر، في عام ١٨٣٠م يعيشون في شمال الولايات المتحدة، والأغلبية يعددون الزوجات. إلا أن حكم الله هو الغالب.

الخاتمة :

الحمد لله رب العالمين الذي منَا عليَّ بكتابة هذا البحث وأسأل الله العظيم أن يجعله في ميزان حسناتنا وأن تعم فائدته الجنسين من النساء والرجال لأن هذا النظام الإسلامي أبيح لغايات عديدة وحكم سامية لكنه مثار نقد وطعن ومادة للهجوم على الإسلام والمسلمين عند الغربيين ومن تأثر بأفكارهم، ممن يحاولون دائماً إيهام الناس أن الدين الإسلامي هو الذي أتى بتعدد الزوجات وأنه نظام مقصور على دين الإسلام ولا تقوم به قائمة إلا لدى الشعوب المتأخرة عن ميدان الحضارة والمدنية، وما وجد حقيقة في هذا البحث أن هذا النظام ظهر قبل الإسلام وفي شعوب كثيرة متحضرة، وقد شهد شاهد من أهلهم أن هذا النظام هو الحل الوحيد لكثير من مشكلات اجتماعية في مجتمعاتهم.

والإسلام لم ينشئ نظام تعدد الزوجات ولم يوجبه على المسلمين بل تركه مباحاً وقد توصلت في هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية :

النتائج:

١- الأصل في تشريع التعدد هو الإباحة وليس الوجوب – ولنا أن نأخذ بالمباح أو لا نأخذ به فلا إثم علينا.

٢- مقصد الإسلام من التعدد عدم حدوث انحرافات خطيرة وعدم انتشار الحرام في المجتمع المسلم، وأن لا تبقى امرأة في المجتمع المسلم بلا زواج.

٣- التعدد في أغلب الأحيان يكون حفاظاً للزوجة الأولى والثانية.

٤- أن التعدد ليست مشكلة تواجه المجتمعات الإسلامية كما يدعي البعض.

٥- لا يكون التعدد نظاماً ناجحاً إلا إذا التزم المعدد بالعدل المشروع.

٦- أن المولى عز وجل لم يلزمنا بالتعدد ولكن هنالك حالات يكون فيها التعدد ضرورة ملزمة للمجتمع.

٧- توجد بعض المشكلات الاجتماعية التي لا يوجد لها حل إلا بالتعدد فيصبح واجباً ضرورياً لمن تنطبق عليه الشروط.

٨- التعدد هو علاج لحالات خاصة وقد يصبح واجباً إذا كان عدم علاج هذه الحالات يؤدي إلى فساد فردي أو جماعي.

٩- اختلاف الفقهاء في أن الأصل هو الواحد أم التعدد لا يمنع من أنه متى ما كانت هنالك مفسدة أو ضرورة يصبح أصلاً بالنسبة للشخص المستوفي شروطه.

اختلفت التشريعات لقوانين الأحوال الشخصية في تناولها لقضية التعدد ما بين مضيق ومانع ومبيح ومقيد.

المشكلات التي استفحلت في كثير من الدول الغربية أدت إلى المطالبة بالسماح لأفراد المجتمع بنظام تعدد الزوجات حيث إنهم توصلوا إلى أن الحالة المزرية التي توصلت لها مجتمعاتهم ليس لها حل إلا بأن يتزوج الرجل أكثر من امرأة وهكذا شهد شاهد من أهله.

التوصيات :

١- التمسك بمبادئ الشريعة الغراء في تطبيق النظم الشرعية لصلاح حال المجتمع.

٢- نشر الوعي عبر وسائل الإعلام لإزالة الشبهات التي تعلق بأذهان الناس حول نظام تعدد الزوجات.

٣- يجب على المشرع القانوني في أي بلد من البلدان المسلمة إذا رأى ضرورة التعدد في مجتمعه أن يسن القوانين التي تيسر للمستطيع والقادر على تطبيق شروط التعدد.

٤- كل من له الرغبة أو الحاجة في تطبيق نظام التعدد أن يتفقه جيدًا في هذا النظام ليعلم شروطه قبل أن يقدم عليه.

٥- نوصي المشرع القانوني بعدم التضييق في هذا النظام أو وضع الشروط التي تسيء في تطبيقه.

٦- يجب معالجة الخلل وتبين الخطأ في التطبيق وذلك بتوضيح شروط التعدد والواجبات التي تقع على كاهل المعدد.

٧- يجب توعية النساء وإرشادهن بان التعدد ليس تعدٍ على حقوقهن إنما هو شرع الله لمصلحة المرأة خاصة والمجتمع عامة.

٨- إن هذا الموضوع لازال بحاجة إلى مزيد من البحث والنقاش للوصول إلى مرحلة يعي فيها الناس حقيقة هذا النظام وأثره في مجتمعاتنا المعاصرة.

٩- أن مجتمعاتنا اليوم في أشد الحاجة لتطبيق هذا النظام وذلك لما توصلت إليه من كثرة النساء وضياع حقوقهن وقلة حظهن من الزواج.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

اللهم أجعله عملاً خالصاً لوجهك الكريم وثقل به ميزاننا يوم العرض العظيم وميزان كل من قرأه وانتفع به إلى يوم الدين. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.

وما أبريء نفسي إن النفس لأمارة بالسوء.

فهرس المصادر والمراجع :

أولاً : القرآن الكريم.

ثانياً : كتب التفسير :

١- تفسير القرآن العظيم، مجلد ١، الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي المتوفي ٥٧٧٤ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢- مختصر تفسير بن كثير، م ٢، ط دار المعرفة، بيروت، الطبعة الرابعة ٥٤٠٩-١٩٨٨م.

٣- في ظلال القرآن سيد قطب، دار الشروق، بيروت ١٤٠٢هـ.

٤- تفسير ابن هشام، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم، القاهرة، ١٣٥٦م.

٥- جامع البيان عند تأويل القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، طبعة دار الفكر، بيروت ٥٤٠٨.

ثالثاً : كتب الحديث :

٦- سنن بن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد الفوزين (ت ٥٢٧٥- ٨٨٨م).

٧- جامع الترمذي، للإمام أبي محمد بن عيسى الترمذي المتوفي (٥٢٧٩- ٨٩٢م).

٨- صحيح البخاري، للإمام أبي عبدالله محمد إسماعيل بن المغيرة بروز البخاري، طبعة دار الطباعة، استبدل ١٩٨١م.
٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل حمد بن محمد بن حجر العسقلاني، دار الفكر بدون تاريخ.
١٠- ابن الأثير، مجد الدين أبو السادات المتوفى ٦٠٦هـ ـ ١٢٠٩م جامع الأصول في أحاديث الرسول تحقيق عبد القادر، بيروت، ١٣٩٢هـ.

رابعاً : كتب الفقه :

١١- الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، عبد الرحمن الجزري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
١٢- ابن قدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامه المقدسي، توفى ٦٢٠هـ، المغني مكتبة الجمهورية، بدون تاريخ.
١٣- الصنعاني محمد بن إسماعيل المنوفي، ١١٨٢هـ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الرياض ١٤٠٠هـ.
١٤- فقه السنة، السيد سابق، دار الفكر، بيروت ١٣٦٥هـ.
١٥- لسان الميزان العقلي.
١٦- المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى السباعي، بيروت ١٣٨٢هـ.

كتب عامة :

١٧- قصة الزواج والعزوبة في العالم، علي عبد الواحد وافي، القاهرة، ١٣٩٥هـ.
١٨- تعدد الزوجات، د. محمد بن مسفر الظهراني في الإسلام، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، ١٤١٣، العدد ٣٦.
١٩- تعدد الزوجات ومعيار تحقيق العدل بينهن، أحمد علي طه رباني، القاهرة، ١٣٩٤هـ.
٢٠- الإسلام عقيدة وشريعة، محمد شلتوت القاهرة.
٢١- تعدد الزوجات، عبد التواب هيكل، القاهرة.

٢٢- حقوق النساء في الإسلام، محمد رشيد رضا، القاهرة ١٣٩٨هـ.
٢٣- المرأة المسلمة، وهبي سليمان.
٢٤- تعدد الزوجات، عبد الناصر العطار، الرياض.
٢٥- الجنس الناعم في ظل الإسلام، سعيد الجندول، بيروت ١٣٩٩هـ.
٢٦- المسلمون والإسلام، محمد عبده، القاهرة ١٣٨٤هـ.
٢٧- الزواج والطلاق في الإسلام، زكي شعبان، القاهرة.
٢٨- حقوق المرأة في الإسلام، محمد عبد الله عرفة، القاهرة ١٣٨٨هـ.
٢٩- الفكر الإسلامي والتطوع، محمد فتحي عثمان، الكويت ١٣٨٨هـ.
٣٠- تنظيم الإسلام للمجتمع، محمد أبوزهرة، القاهرة ١٣٩٨هـ.
٣١- تعدد الزوجات في الإسلام كيف ولماذا، رعد كامل مصطفى الحيالي، دار الفكر للنشر والتوزيع ط أولى، ١٩٩٠م.
٣٢- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، محمد بني يعقوب الكليني، دار الكرتضى للطباعة والنشر ط، ٢٠٠٧م.
٣٣- الوسيط في الفقه الإسلامي، أ.د عبد الرحمن العدوى المكتبة الازهرية للتراث ١٩٦٩م.
٣٤- أحكام الاسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلبى دار النهضة العربية بيروت.

٥/ تطــور طرق دفع مسئولية الناقــل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م

إعــداد/

د. أماني أحمد عبد الله موسى

أستاذ القانون التجاري والقانون البحري والجوي

رئيس قسم القانون التجاري -جامعة النيلين

المقدمــة:

كانت مسئولية الناقل الجوي من أهم مشكلات الطيران التجاري التي أثارت اهتمام جميع الدول منذ وقت مبكر، لأن الأضرار التي تنجم عن حوادث الطيران عادة ما تكون بالغة الجسامة، وقد كانت القوانين الداخلية للدول تختلف اختلافاً كبيراً فيما يتعلق بأحكام مسئولية الناقل الجوي، فالدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني تقيم مسئولية الناقل الجوي على أساس الخطأ المفترض بمعنى أن الراكب أو الشاحن لا يلتزم بإقامة الدليل على خطأ الناقل بل يلتزم فقط بإثبات إخلال الناقل بتنفيذ التزامه ولا يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى القوة القاهرة أو إلى السبب الأجنبي، وفي الدول التي ينتمي نظامها القانوني إلى عائلة الأنجلو- أمريكية يكون أساس مسئولية الناقل الجوي- كقاعدة عامة- هو الخطأ الذي يتعين على المضرور إثباته، وفي دول أخرى مثل سويسرا تقوم مسئولية الناقل الجوي على أساس فكرة الخطر فتنعقد مسئوليته ولو لم يثبت أي خطأ من جانبه.

لذلك رأى المجتمع الدولي ضرورة وضع قواعد قانونية موحدة تنظم أحكام النقل الجوي وخاصة مسئولية الناقل الجوي وذلك لمنع التنازع بين القوانين وللقضاء على ظاهرة تعدد الأنظمة القانونية في مجال النقل الجوي، وقد تم التوحيد بموجب اتفاقية وارسو ١٩٢٩م بشأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي، وخضعت الاتفاقية

لتعديلات عديدة بدءاً ببروتوكول لاهاي ١٩٥٥م ومن ثم اتفاق مونتريال ١٩٦٦م، وبروتوكول جواتيمالاسيتي ١٩٧١م، وختاماً ببروتوكولات مونتريال الأربعة ١٩٧٥م. وأخيراً اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م والتي ألغي بموجبها كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، والتي دخلت حيز النفاذ في ٤ نوفمبر ١٩٩٩م.

وقد عملت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م على وضع أحكام فيما يتعلق بمسئولية الناقل الجوي والأساس القانوني الذي تقوم عليه المسئولية، وجعلت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م مسئولية الناقل الجوي مسئولية شخصية قائمة علي أساس الخطأ، أما اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م فجعلتها مسئولية موضوعية قائمة على أساس الخطر لا الخطأ. وفي الوقت نفسه حددت الاتفاقيات للناقل الجوي الوسائل والطرق التي يستطيع بموجبها دفع المسئولية عنه ولما كانت أسباب دفع المسئولية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأساس الذي بنيت عليه هذه المسئولية فإن تغير الأساس يستتبع تغير الوسائل المتاحة أمام الناقل للتخلص من المسئولية.

ونتناول دراستنا هذه تحت عنوان تطور طرق دفع مسئولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م. في فصلين يتناول الفصل الأول الحديث عن مسئولية الناقل الجوي من حيث الأساس القانوني لمسئولية الناقل الجوي وأسباب مسئولية الناقل الجوي والنطاق الزمني لمسئولية الناقل الجوي وذلك في مباحث ثلاثة، أما الفصل الثاني فيتناول طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م. وذلك في مبحثين.

الفصل الأول

مسئولية الناقل الجوي

يرتب عقد النقل الجوي التزامات ثلاثة رئيسية على عاتق الناقل، تتمثل تلك الالتزامات في:

- الالتزام بضمان سلامة الركاب.
- الالتزام بالمحافظة على البضاعة والأمتعة.

- الالتـزام بإنجـاز النقـل في الميعـاد المتفـق عليـه أو في الميعـاد المعقـول عنـد عـدم الاتفاق على ميعاد معين للنقل.

فـإذا أخـلّ الناقـل بتنفيـذ أي مـن الالتزامـات الـتي يرتبهـا عقـد النقـل انعقـدت مسئوليته، وأجازت كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلـة لها واتفاقيـة مونتريال ١٩٩٩م للناقل الجوي إقامة الدليل على انتفاء مسئوليته بـالطرق الـتي حددتها للناقـل ليسـتطيع بموجبهـا دفـع المسئولية عنـه، ولمـا كانـت طـرق دفـع المسئولية تـرتبط ارتباطـاً وثيقـاً بالأسـاس القـانوني الـذي تسـتند إليـه المسـئولية فسنتناول في هـذا الفصـل الحديث عن:

المبحث الأول: الأساس القانوني لمسئولية الناقل الجوي.

المبحث الثاني: أسباب مسئولية الناقل الجوي.

المبحث الثالث: النطاق الزمني لمسئولية الناقل الجوي.

المبحث الأول

الأساس القانوني لمسئولية الناقل الجوي

أولاً: أساس مسئولية الناقل الجوي في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م:

حاولت اتفاقية وارسو[1] بغيـة تحقيـق أهـدافها بإيجـاد تشـريع دولـي موحـد يسـري علـى الـدول الأعضـاء فيهـا بخصـوص بعـض قواعـد النقـل الجـوي، موازنـة في ذلـك بـين مصـالح الناقلين من ناحية ومصالح المسافرين والشاحنين من ناحية أخري أن تقف موقفاً متوازناً مـن بـين الاتجاهـات الثلاثـة الـتي بـرزت خـلال مناقشـات المؤتمر، لاخـتلاف وجهـات النظـر بـين

[1] انعقد المؤتمر الدولي الثاني للقانون الخاص الجوي في مدينة وارسو ببولنـدا في الفـترة مـن ٤-١٢ أكتـوبر ١٩٢٩م بمشاركة مندوبين لثلاث وأربعين دولة ناقشوا المشروع التمهيـدي المقـدم مـن اللجنـة الفنيـة للخـبراء القـانونيين الجويين، التي تم تكوينها وفقاً لتوصيات المؤتمر الأول للقانون الخـاص الجـوي في بـاريس ١٩٢٥م، وقـد أدخـل المـؤتمر تعديلات طفيفة على المشروع التمهيدي ثم صيغت منه نصوص الاتفاقية التي وقعها مندوبو ثمانية عشر دولة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩م وحملت تسمية "اتفاقية وارسو بشأن توحيد بعض القواعد المتعلقـة بالنقـل الجـوي الـدولي ١٩٢٩م" وتعرف اختصاراً باتفاقية وارسو ١٩٢٩م.

الـنظم القانونيـة الـتي ظهـرت في المـؤتمر فيمـا يتعلـق بتحديـد طبيعـة ومسـئولية الناقـل الجوي[1]، فذهب الاتجاه الأول إلى بناء مسئولية الناقل الجوي علـى أسـاس تعاقـدي فيكـون الناقل ملتزماً بسـلامة الركـاب والبضائع، وهـو التـزام بتحقيق نتيجـة فيسـأل الناقل بمجـرد الإخلال بهذا الالتزام إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصـاب الراكـب أو البضـاعة كـان نتيجـة لسـبب أجنبي لا يد لـه فيـه أو نتيجـة لفعـل المضـرور نفسـه أو لطبيعـة البضـاعة، أما الاتجـاه الثاني فأسس مسئولية الناقل الجوي على أساس الخطـأ التقصيري للناقل الـذي يجـب علـى المضـرور إثباتـه، فـلا يكـون الناقـل ملتزمـاً بسـلامة الركـاب أو البضـائع وإنمـا يلتـزم ببـذل أقصى درجات العناية والحيطة وعلى ذلك يكون التزام الناقل الجوي بتنفيذ عقد النقل هـو التـزام بعنايـة، وذهب الاتجـاه الثالـث إلى بنـاء مسـئولية الناقـل الجـوي علـى أسـاس فكـرة المخـاطر وتحمـل التبعـة، بمعنـى أن تكـون مسـئولية ماديـة أو موضـوعية، فيكـون الناقـل مسـئولاً بقـوة القـانون عـن الضـرر الـذي يصـيب المسـافر أو البضـاعة بمجـرد حـدوث الضـرر وإثبات علاقة السببية بينه وبين فعل الناقل ولا يستطيع الناقل دفع المسئولية عنـه إلا إذا أثبـت أن الضـرر كـان نتيجـة لفعـل المضـرور نفسـه، اسـتبعدت الاتفاقيـة مـن البدايـة هـذا الاتجـاه مراعية في ذلك مصلحة الناقل لما يحتويه هـذا الاتجـاه مـن تشـدد في مسـئولية الناقـل الجـوي خاصة وأن الطيران التجاري كان في بداية عهده، ومراعاة لمصلحة المسـافر رفضـت الاتجـاه الثـاني الـذي يقـيم المسـئولية علـى فكـرة الخطـأ التقصـيري الواجـب الإثبـات حتـى لا ترهـق المسـافر بإثبـات خطـأ الناقـل، واعتـبرت الاتفاقيـة مسـئولية الناقـل الجـوي مسـئولية تعاقديـة تترتب عنـد إخلالـه بـالالتزام بسـلامة المسـافر أو البضـاعة فيكـون التـزام الناقـل الجـوي هـو التزام ببذل العناية الواجبـة لسـلامة وصـول المسـافر أو البضـاعة، إلا أنهـا أقامـت قرينـة علـى خطـأ الناقـل الجـوي تجعلـه مسـئولاً بمجـرد إخلالـه بسـلامة المسـافر أو البضـاعة فجعلـت مسـئولية الناقـل مسـئولية تعاقديـة قائمـة علـى أسـاس الخطـأ المفـترض[3]، ولتخفيـف قرينـة الخطـأ المفـترض علـى الناقـل لم تجعلـها الاتفاقيـة قرينـة قاطعـة، بـل أجـازت للناقـل دفـع

---

[1] د. محمود سمير الشرقاوي، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، ص ـ٨٨.

[3] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الجوي، مكتبة النصر – فرع جامعة القاهرة، ١٩٩٢م، صـ١١٨.

المسئولية عنه أو التخفيف منها بإثبات أنه وتابعيه اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها ، أو إذا أثبت أن خطأ الشخص المضرور هو الذي سبب الضرر أو ساهم فيه. وبذلك وفقت الاتفاقية بين الرغبة في عدم الإثقال على الناقل الجوي من جهة فجعلت التزام الناقل التزاماً ببذل عناية ، وحماية المضرور من جهة أخرى بإعفائه من عبء الإثبات بافتراض خطأ الناقل[٤] .

البروتوكولات والاتفاقات المعدلة لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م:

(١) بروتوكول لاهاي ١٩٥٥م[٥]:

تم تعديل اتفاقية وارسو بموجب بروتوكول لاهاي الذي وقع في ٢٨ ديسمبر ١٩٥٥م، ولم يعدل بروتوكول لاهاي من طبيعة مسئولية الناقل الجوي وظلت كما قررتها اتفاقية وارسو ١٩٢٩م مسئولية تعاقدية قائمة على أساس الخطأ المفترض[٦]، وأجاز البروتوكول للناقل الجوي أن يدرج في عقد النقل شرطاً يعفيه من المسئولية عن الأضرار الناشئة عن العيب الذاتي في البضاعة ،ولم يقدم بروتوكول لاهاي أي ميزة للمسافرين أو الشاحنين سوى رفع الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل في مواجهة المسافر إلى ضعف الحد الأقصى المقرر في وارسو ١٩٢٩م- أي ٢٥٠ ألف فرنك بوانكاريه[٧]. (الفرنك بوانكاريه يساوي ٦٥,٥ مليجرام من الذهب عيار ٩٠٠ في الألف).

(٢) اتفاقية جوادالاخارا ١٩٦١م[٨]:

أبرمت في "جوادالاخارا" بالمكسيك في ١٨ ديسمبر ١٩٦١م، وقررت تطبيق نظام المسئولية المقرر في كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكول لاهاي ١٩٥٥م على كل

---

[٤] د. أكثم أمين الخولي، دروس في القانون البحري والجوي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٧١م، صـ٤٢٠.

[٥] "دخل حيز التنفيذ في اليوم الأول من أغسطس ١٩٦٣م". د. عاطف محمد الفقي، تطور مسئولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، صـ١٠.

[٦] د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، صـ١٩٣-١٩٤.

[٧] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، صـ١١٨.

[٨] دخلت حيز التنفيذ في الأول من مايو ١٩٦٤م.

من الناقل المتعاقد الذي لم ينفذ عملية النقل، والناقل الفعلي الذي قام بتنفيذ عملية النقل[٩].

(٣) اتفاق مونتريال ١٩٦٦م:

تعرض بروتوكول لاهاي ١٩٥٥م ومن قبله اتفاقية وارسو ١٩٢٩م لانتقادات شديدة موجهة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية، سواء بالنسبة لطبيعة المسئولية أو الحد الأقصى للتعويض، وأعلنت رغبتها صراحة في الانسحاب من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م بحجة عدم كفاية الحد الأقصى المقرر في كل من الاتفاقية والبروتوكول لتعويض الأمريكيين في حالة الوفاة أو الإصابة ولتفادي الآثار السلبية لانسحاب الولايات المتحدة الأمريكية تم التوسط لحل وسط نتيجة لجهود المنظمة الدولية للنقل الجوي (الاياتا)[١٠] وذلك بتوقيع اتفاق مونتريال في ٤ مايو ١٩٦٦م بين ثمان شركات عالمية للنقل الجوي من ناحية وهيئة الطيران المدني الأمريكية من ناحية أخرى[١١].

وجعل الاتفاق مسئولية الناقل الجوي مسئولية موضوعية، بمعنى أن الناقل يسأل بصفة مطلقة عن تعويض الأضرار التي تصيب الركاب، ولا يستطيع التخلص من المسئولية إلا إذا أقام الدليل على أن الضرر يرجع إلى خطأ المضرور، ورفع الحد الأقصى للتعويض إلى ٧٥,٠٠٠ دولار أمريكي في حالة وفاة المسافر أو إصابته بأي أذى جسماني وذلك في كل نقل جوي دولي يخضع لاتفاقية وارسو وتقع فيه نقطة قيام الطائرة أو نقطة وصولها أو حتى مجرد هبوطها في مرسى جوي في الولايات المتحدة الأمريكية[١٢].

---

[٩] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ١٠.

[١٠] المنظمة الدولية للنقل الجوي "International Air Transport Association" والمعروفة اختصاراً باسم (I.A.T.A).

[١١] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ١٢.

[١٢] "يعتبر هذا الاتفاق رغم صدوره عن أشخاص لا يصدق عليهم وصف الدولة، بمثابة تعديل مهم للاتفاقية في مجال المسئولية عن نقل الركاب". د. محمد فريد العريني، ود. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م، صـ٥٦٣.

(٤) بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١م[١٣]:

بدأت المنظمة الدولية للطيران المدني (الايكاو)- بعد اتفاق مونتريال ١٩٦٦م- إعادة النظر في طبيعة المسئولية والحد الأقصى للتعويض وذلك لما آل عليه الحال بعد تطبيق اتفاق مونتريال الذي أدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام المرافق العامة ولما ينطوي عليه من مساس بسيادة الدول الأطراف في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م[١٤]، وأقر في ٨ مارس ١٩٧١م بروتوكول جواتيمالا سيتي الذي أدخل تعديلات جوهرية على طبيعة مسئولية الناقل الجوي حيث فرق البروتوكول- بين أمرين- فيما يتعلق بطبيعة مسئولية الناقل في نقل الأشخاص والأمتعة، فبالنسبة لوفاة المسافر أو إصابته بأي أذى جسماني آخر، أو فقد أمتعته تكون مسئولية الناقل الجوي مسئولية موضوعية قائمة على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة، ولا يستطيع دفع المسئولية عنه إلا بسببين:

- الأول.. يرجع للحالة الصحية للمسافر والتي يشترط أن تكون السبب الوحيد فيما لحق به من أضرار (م٤/١ من البروتوكول)، أو كان تلف أو هلاك الحقائب يرجع لطبيعتها أو إلى عيب ذاتي بها (م٤/٢ من البروتوكول).
- الثاني.. يرجع إلى خطأ المصاب نفسه.

وبالنسبة لتأخير المسافر وتأخير أمتعته، أبقى البروتوكول على أساس المسئولية كما هو في اتفاقية وارسو أي على أساس الخطأ المفترض ويستطيع الناقل التخلص من المسئولية إذا استطاع أن يثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا الإجراءات الضرورية لتفادي التأخير أو كان من المستحيل عليهم اتخاذ ذلك، أما فيما يتعلق بنقل البضائع فإن مسئولية الناقل الجوي ظلت كما هي في اتفاقية وارسو، مسئولية تعاقدية تقوم على

---

[١٣] لم يدخل البروتوكول حيز النفاذ حتى الآن، انظر د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، مرجع سبق ذكره، صـ١٩٧

[١٤] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٠.

قرينة الخطأ المفترض، ما لم يثبت الناقل الجوي أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير الضرورية لتفادي ذلك أو كان يستحيل عليهم اتخاذ ذلك[(١٥)].

(٥) بروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥م[(١٦)]:

جاء بروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥م بحكم جديد بالنسبة لنقل البضائع فنص في المادة (٤) على أن مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار الناتجة عن ضياع البضاعة أو هلاكها أو تلفها مسئولية موضوعية لا يستطيع الناقل دفعها إلا إذا أقام الناقل الدليل على أن الضرر يرجع إلى واحد من الأسباب التي عددها البروتوكول على سبيل الحصر وهي طبيعة البضاعة أو عيبها الذاتي، سوء تغليف البضاعة إذا كان من قام بالتغليف شخص آخر غير الناقل أو أحد تابعيه، أعمال الحرب أو النزاع المسلح، أي عمل صادر عن السلطة العامة ذو صلة بالبضاعة من حيث دخولها أو خروجها من المطار أو أثناء فترة عبورها به[(١٧)].

وبذلك نجد أن أساس مسئولية الناقل الجوي تغير بمقتضى التعديلات العديدة لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م وأصبح يقوم على أساس الخطر وتحمل التبعة واختفت المسئولية القائمة على أساس الخطأ المفترض ولم يعد لها وجود إلا في حالة واحدة وهي حالة المسئولية عن التأخير في نقل الركاب والأمتعة والبضائع.

ثانياً: أساس مسئولية الناقل الجوي في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م:

أدى تعدد الاتفاقات والبروتوكولات المعدلة لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م، والتي نفذ بعضها على الصعيد الدولي دون البعض الآخر، إلى إثارة التنازع بينها وبين الاتفاقية

---

(١٥) د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ٥٦٥.

(١٦) تمت الموافقة على هذا البروتوكول الرابع مع ثلاثة بروتوكولات أخرى تختص بإحلال حقوق السحب الخاصة كوحدة نقدية تتحدد بها مسئولية الناقل الجوي محل الفرنك الذي كان مقرراً في اتفاقية وارسو (البروتوكول الأول) وفي الاتفاقية معدلة ببروتوكول لاهاي (البروتوكول الثاني) وفي الاتفاقية معدلة ببروتوكول لاهاي وبروتوكول جواتيمالا سيتي (البروتوكول الثالث) وقد وقع في مونتريال على البروتوكولات الأربعة في ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥م.

(١٧) د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص١٦.

الأصلية بسبب عدم التطابق بين عدد الدول المصدقة على البروتوكولات والدول المصدقة على الاتفاقية الأصلية، وقامت المنظمة الدولية للطيران المدني بتشكيل لجنة خاصة لدراسة تحديث اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وإدماج البروتوكولات المعدلة لها داخل نصوصها، وتبلور ذلك بتوقيع اتفاقية دولية تعرف باسم "الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي" الموقعة في مونتريال في ٢٨ مايو ١٩٩٩م والتي تعرف اختصاراً باسم اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، ونصت المادة (٥٥) منها على أن الاتفاقية قد ألغت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكولاتها المعدلة، وحلت محلها في حكم النقل الجوي الدولي.

وسنستعرض أحكام المسئولية الواردة في اتفاقية مونتريال من حيث أساس وطبيعة مسئولية الناقل الجوي، على النحو التالي:

١. المسئولية في نقل الأشخاص.
٢. المسئولية في نقل الأمتعة.
٣. المسئولية في نقل البضائع.
٤. المسئولية عن التأخير.

(١) المسئولية في نقل الأشخاص:

وضعت الاتفاقية على عاتق الناقل الجوي التزاماً بضمان سلامة الركاب فإذا أخل الناقل الجوي بهذا الالتزام وترتب على هذا الإخلال ضرر للمسافر، يسأل الناقل الجوي عن هذا الإخلال ويلتزم بالتعويض، وجاءت الاتفاقية بنظام جديد للمسئولية حيث أخذت بمجموعة من الأسس القانونية التي أقامت عليها مسئولية الناقل الجوي، حيث ربطت أساس المسئولية بقيمة الأضرار الناشئة عن وفاة الراكب أو إصابته بأذى جسماني وذلك بهدف خلق توازن بين مصالح المسافرين من جهة وبين الناقلين من جهة أخرى.

ووفقاً لنص المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م إذا كانت قيمة الأضرار الحاصلة لا تتجاوز ١٠٠,٠٠٠ وحدة سحب خاصة[١٨]، تكون مسئولية الناقل الجوي

---

[١٨] وحدة نقدية ابتدعها صندوق النقد الدولي وحددت قيمتها على أساس خمس عملات رئيسية.

مسئولية موضوعية قائمة على أساس الخطر أوتحمل التبعة، بحيث يسأل الناقل الجوي عن هذه الأضرار مسئولية مطلقة، أما إذا تجاوزت قيمة الأضرار الحاصلة ١٠٠,٠٠٠ وحدة سحب خاصة فإن مسئولية الناقل الجوي تكون مسئولية شخصية قائمة على أساس الخطأ المفترض بالنسبة للقدر الزائد على حد المائة ألف وحدة سحب خاصة.

وبذلك الحكم المستحدث خالفت اتفاقية مونتريال، الحكم المقرر في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، حيث كانت اتفاقية وارسو تمنع على الناقل الجوي الاستفادة من الحد الأقصى للتعويض إذا ثبت سوء نيته، وتلزم الشخص المضرور في هذه الحالة بإثبات غش الناقل أو وقوع خطأ من جانبه يعد وفقاً لقانون المحكمة المختصة بنظر النزاع مساوياً للغش[١٩]. أما بروتوكول لاهاي فقد اشترط في هذه الحالة أن يقوم الشخص المضرور بإثبات فعل أو امتناع من جانب الناقل واقع إما بقصد إحداث الضرر وإما برعونة مقرونة بإدراك احتمال ترتب ضرر على ذلك أما بروتوكول جواتيمالا سيتي فلم ينص على حرمان الناقل الجوي من التمسك بالحد الأقصى للتعويض إلا بالنسبة للبضائع[٢٠].

(٢) المسئولية في نقل الأمتعة :

تختلف مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق الأمتعة وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩م بحسب ما إذا كانت الأمتعة مسجلة أم غير مسجلة، فإذا كانت الأمتعة مسجلة وأصابها الضياع أو التلف أو الهلاك، تكون مسئولية الناقل الجوي مسئولية موضوعية تقوم على أساس الخطر أو تحمل التبعة، أما إذا كانت الأمتعة غير مسجلة، أو كانت من الأشياء التي يحتفظ الراكب بحراستها أثناء الرحلة الجوية، تكون مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيبها مسئولية شخصية قائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات فلا يسأل الناقل عنها إلا إذا قام المسافر بإثبات خطأ الناقل أو أحد تابعيه.

---

[١٩] المادة (٢٥) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م.

[٢٠] د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، مرجع سبق ذكره، صـ١٩٩.

(٣) المسئولية في نقل البضائع:

تكون مسئولية الناقل الجوي عند هلاك أو تلف أو ضياع البضائع، وفقاً لأحكام المسئولية المقررة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، مسئولية موضوعية بشرط وقوع الحدث المسبب للضرر أثناء فترة النقل الجوي[٢١]، وبذلك أصبح التزام الناقل التزاماً بتحقيق نتيجة كما هو الحال في بروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥م.

(٤) المسئولية عن التأخير:

ظلت مسئولية الناقل الجوي عن التأخير في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م على ذات الحكم الذي قررته اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، وهي مسئولية شخصية تقوم على خطأ الناقل المفترض[٢٢].

المبحث الثاني

أسباب مسئولية الناقل الجوي

ذكرنا سابقاً بان الناقل الجوي يلتزم بموجب عقد النقل الجوي وفقاً لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م بالتزامات ثلاثة، فإذا أخل بأي التزام من هذه الالتزامات تترتب مسئوليته،ومن ثم نكون أمام أسباب ثلاثة للمسئولية وهي:

أولاً: وفاة أو إصابة الراكب :

يلتزم الناقل الجوي بضمان سلامة المسافر، بحيث يكون ملتزماً بتوصيل المسافر إلى المكان المتفق عليه سليماً وبذلك نصت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م في الفقرة (١) من المادة (١٧)[٢٣] على أن: "يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب أو

---

[٢١] د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ٦٤٢.

[٢٢] المادة (١٩) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م والتي تقابل المادة (١٩) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م.

[٢٣] ذات المعنى ورد في المادة (١٧) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م، وإن كان هناك اختلاف بسيط في الصياغة حيث نصت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م عن مسئولية الناقل الجوي عن الضرر المترتب على وفاة أو جرح الراكب أو عن أي أذى بدني يلحق به، أما اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م فتحدثت عن الضرر الناشئ عن تعرض الراكب لإصابة جسدية.

تعرضه لإصابة جسدية، بشرط أن تكون الحادثة التي سببت الوفاة أو الإصابة قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم".

ويشترط حتى تترتب مسئولية الناقل الجوي، حدوث ضرر وقد يتمثل هذا الضرر وفقاً لنص المادة (١٧/١) من الاتفاقية في وفاة الراكب أو الجرح أو الإصابة الجسدية بشرط أن ينجم الضرر عن "حادث" فتخرج الوفاة الطبيعية من نطاق المسئولية[٢٤].

وقد أثار تحديد المقصود بمصطلح "الحادث" الوارد في الاتفاقية في ظل اتفاقية وارسو ١٩٢٩م اختلافاً في الرأي[٢٥]، فذهب الاتجاه الأول (الاتجاه المضيق) إلى الربط بين الحادث والاستغلال الجوي، بحيث يعني بالحادث أي واقعة فجائية ناتجة عن عملية النقل الجوي ومرتبطة بعملية استغلال الطائرة كحدوث عطل فني في الأجهزة أو خلل ميكانيكي[٢٦].أما الاتجاه الثاني (الاتجاه الموسع)[٢٧] فعرف الحادث بأنه أي واقعة يترتب عليها المساس بشخص الراكب سواء كانت ناتجة عن عملية النقل ومرتبطة بها، أم ناتجة عن تدخل لا يمكن توقعه ناتج من عامل خارجي كفعل الطبيعة أو فعل الغير، ذلك لأنه لا يوجد في نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو ما يوحي بقصر مفهوم الحادث عن الأسباب الناتجة عن عملية النقل أو المرتبطة باستغلال الطائرة[٢٨].

---

[٢٤] د. أكثم أمين الخولي، مرجع سبق ذكره، صـ٤١٦.

[٢٥] "لم تهتم اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م ببيان المقصود بمصطلح "الحادث" وتركت تفسيره لآراء الفقهاء واجتهادات القضاء التي قيلت في ظل تطبيق اتفاقية وارسو ١٩٢٩م". د. هشام فضلي، مسئولية الناقل الجوي(على الصعيدين الدولي والداخلي-دراسة في اتفاقية مونتريال١٩٩٩م وقانون التجارة الجديد)،دار الجامعة الجديدة للنشر،الطبعة الاولي٢٠٠٥م، صـ١٦.

[٢٦] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ٧٤.

[٢٧] استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالمفهوم الواسع لمصطلح الحادث ويعرف الحادث بأنه "كل ما يخل بالسير المعتاد للرحلة والناجم عن تدخل لا يمكن توقعه من جانب أغيار سيئ النية"، وأيضاً القضاء الأمريكي اتبع ذات الاتجاه الموسع حيث عرف الحادث بأنه "كل واقعة غير عادية وغير متوقعة خارجة عن إرادة الراكب". لتفصيل ذلك انظر: د. عاطف السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ٧٥.

[٢٨] د. هشام فضلي، مرجع سبق ذكره، صـ١٧.

ومن المتفق عليه- في ظل اتفاقية وارسو- أن الحادث المقصود هو أي حادث فجائي يقع على الراكب بشرط أن يكون هذا الحادث ناشئ عن عملية النقل ومرتبط باستغلال الطائرة فلو أصيب راكب بسبب الاعتداء عليه من راكب آخر فإن هذا الاعتداء لا يعد حادثاً وفقاً لمفهوم الاتفاقية نظراً لعدم ارتباطه بعملية النقل[٢٩]. وأيضاً لا يعني هذا المفهوم أن الحادث يجب أن يصيب الطائرة أو يحطمها بل يكفي أن تقوم علاقة السببية بين إصابة الراكب وبين أي أمر فجائي غير متوقع طبقاً لظروف الملاحة الجوية المعتادة[٣٠]، وإذا كان هذا المعنى يتماشى وأحكام المسئولية التعاقدية التي أقرتها اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكول لاهاي ١٩٥٥م المعدل لها، إلا أنه لا يتفق وأحكام المسئولية الموضوعية التي أقرها كل من اتفاق مونتريال ١٩٦٦م وبروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١م، إذ يدخل في مفهوم الحادث وفقاً لهما كل الأسباب الممكنة للضرر، سواء كانت هذه الأسباب ناتجة عن عملية النقل أو غير ناتجة عنها وسواء كانت مرتبطة بعملية استقلال الطائرة أو غير مرتبطة بها. وبناء على ذلك، قررت المحكمة العليا لولاية نيويورك، في حكمها الصادر في قضية ماريان هيرمان ضد شركة الخطوط الجوية العالمية، اعتبار الناقل الجوي مسئولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت بالمدعية، وفقاً لأحكام اتفاق مونتريال حيث قام أحد الفدائيين الفلسطينيين في السادس من سبتمبر ١٩٧٠م بإجبار قائد الطائرة، التابعة للأسطول الجوي للشركة المدعى عليها، على تغيير مسار الطائرة والهبوط بها في صحراء الأردن بدلاً من النزول في ميناء الوصول المحدد لها سلفاً وهو مطار اللد الإسرائيلي[٣١].

ويشترط- وفقاً لنص المادة (١٧/١) من الاتفاقية- أن يكون الضرر الذي أصاب الراكب والذي من شأنه إثارة مسئولية الناقل الجوي ضرراً بدنياً سواء تمثل في الوفاة أو الجرح أو الإصابة الجسدية، وقد أثار تفسير عبارة (أي أذى بدني آخر) الواردة

---

(٢٩) د. محمود مختار بربري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٥م، صـ١١٤.

(٣٠) د. أكثم أمين الخولي، مرجع سبق ذكره، صـ٤١٦.

(٣١) د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ٥٧٠.

في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م خلافاً كبيراً خاصة بعد انتشار ظاهرة القرصنة الجوية والإرهاب وخطف الطائرات واحتجاز الركاب كرهائن الأمر الذي أدى إلى ظهور أضرار أخرى قد تحيق بالركاب كالاضطرابات النفسية والعقلية وحالات الذعر الشديد وذلك ما يعرف بالأضرار النفسية، وذات الخلاف ظهر عند تطبيق اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م حيث استبدلت الاتفاقية فقط الجرح والأذى البدني المنصوص عليهما في اتفاقية وارسو بالإصابة الجسدية.

وقد أدى الخلاف حول تفسير العبارة وهل تتسع لتشمل كذلك الأضرار النفسية إلى تعدد الآراء، فالبعض يرى أن نصوص اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها، وكذلك النصوص المقابلة لها في اتفاقية مونتريال حصرت الأضرار التي يتم التعويض عنها في الوفاة أو الجرح أو الأذى البدني دون الأضرار النفسية[٣٢]، ويرى البعض الآخر أن الاتفاقيات عددت مصادر الضرر وتركت للقوانين الداخلية للدول تحديد طبيعة ومدى الضرر الذي يمكن أن يكون محلاً للتعويض، وأن النص على عبارة (أي أذى بدني آخر) لا يقصد به استبعاد الأذى النفسي من نطاق التعويض، بل قصد به التمييز بين الأذى الذي يصيب الإنسان في شخصه- وهو الذي يدخل في تعداد الضرر- وذلك الذي يصيبه في ذمته المالية[٣٣].

إلاّ أن أحكام القضاء- خاصة القضاء الأمريكي والإنجليزي- تواترت على إدخال بعض أنواع الضرر النفسي في نطاق مسئولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية وارسو وبروتوكولاتها المعدلة لها، وباستقراء أحكام القضاء الأمريكي والإنجليزي نخلص إلى أن الأحكام تواترت على رفض التعويض عن الضرر النفسي إذا كان مستقلاً غير مرتبط بأذى بدني، حتى ولو اتخذ هذا الضرر النفسي مظهراً من مظاهر الضرر

---

[٣٢] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص٩٩-١٠١.

[٣٣] د. هشام فضلي، مرجع سبق ذكره، ص٢١.

البدني، في حين يحكم بالتعويض عن الضرر النفسي إذا كان مرتبطاً مباشرة بضرر بدني أو إذا أدخله العلم تحت طائفة الأضرار البدنية[٣٤].

ثانياً: ضياع أو تلف أو هلاك البضائع أو الأمتعة المسجلة:

نصت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م في المادة (١٨)[٣٥] منها على أن الناقل الجوي يكون مسئولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة تلف البضائع أو ضياعها أو تعييبها بشرط أن يكون الحادث الذي الحق الضرر على هذا النحو قد وقع خلال فترة النقل الجوي، ويلتزم الناقل كذلك بضمان المحافظة على الأمتعة إعمالاً لنص الفقرة (٢) من المادة (١٧) والتي تقضي بمسئولية الناقل الجوي عن الضرر الذي ينشأ في حالة تلف الأمتعة المسجلة أو ضياعها أو تعييبها[٣٦].

إذن يشترط لانعقاد مسئولية الناقل الجوي حدوث ضرر بالبضاعة أو الأمتعة المسجلة وأن ينتج الضرر من "حادث"، ويتوسع الفقه والقضاء في معنى الحادث بخصوص نقل البضاعة عنه في نقل الأشخاص ويقصد به "كل الأسباب الممكنة للضرر سواء كانت تلك الأسباب متصلة بعملية النقل أم غير متصلة بها" والعلة في ذلك أن للناقل هيمنة وسيطرة مطلقة على البضائع والأمتعة المسجلة، ولا تتحقق له تلك الهيمنة عند نقل الأشخاص[٣٧].

ويجب أن يترتب على الحادث الذي وقع أثناء فترة النقل الجوي حدوث ضرر، وقد حصرت الاتفاقيات صور الضرر في ثلاثة أشكال هي الهلاك أو الضياع أو التلف.

---

[٣٤] لتفصيل ذلك: د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ١٠٢-١٢٠. وأيضاً د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، مرجع سبق ذكره، ص٢١٣-٢٢٠.

[٣٥] تقابل المادة (١٨) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والتي تنص على أن "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يقع في حالة هلاك البضاعة أو الأمتعة المسجلة أو ضياعها أو تلفها متى حدثت الواقعة التي تولد عنها الضرر خلال فترة النقل الجوي".

[٣٦] جمعت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م المسئولية المتعلقة بنقل البضائع وتلك المتعلقة بنقل الأمتعة في أحكام واحدة في المادة (١٨).

[٣٧] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، صـ١٢٨.

ويقصد بالهلاك أي تبديل أو تغيير يطرأ على البضاعة سواء كان كلياً أو جزئياً بحيث تفقد صلاحيتها للاستعمال، أما الضياع فيقصد به عدم وجود البضاعة لدى الناقل وعدم علمه بمكان وجودها، أما التلف فيقصد به أن البضاعة تصل كاملة ولكنها معيبة بحيث يؤثر العيب على قيمتها بحسب الاستعمال الذي أعدت له[٣٨].

وإذا كان نص المادة (١٧) في الفقرة (٢) منه تحدث عن مسئولية الناقل الجوي عن الأمتعة المسجلة فقط، إلا أن الناقل الجوي يكون مسئولاً كذلك عن الأضرار التي تلحق بالأمتعة غير المسجلة (الأمتعة التي يحملها المسافر معه)، ويستفاد ذلك من نص الفقرة (٣) من المادة (٢٢) التي تضع حداً أقصى للتعويض في حالة "الحاجيات التي يحتفظ فيها المسافر في حراسته" لكن تركت الاتفاقية شروط انعقاد المسئولية لقواعد القانون الوطني الواجب التطبيق[٣٩].

ثالثاً: التأخير في النقل:

نصت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م في المادة (١٩) منها على مسئولية الناقل الجوي عن حالة التأخير في تنفيذ عقد النقل الجوي بقولها "يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو"[٤٠].

فالناقل الجوي يكون ملتزماً بنقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة المسجلة في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المعقول، عند عدم وجود ميعاد متفق عليه، وهو التزام ببذل عناية يكون خطأ الناقل فيه مفترضاً ما لم يثبت اتخاذه هو وتابعوه كافة الاحتياطات الضرورية لتفادي وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

ولا تنعقد مسئولية الناقل الجوي عن أي تأخير وإنما يشترط أن يترتب على هذا التأخير ضرر يلحق بالمسافر أو الشاحن، فلو أن التأخير برغم حدوثه إلا أنه لم يسبب ضرراً فلا مجال لإثارة مسئولية الناقل الجوي، ولم توضح الاتفاقيات المقصود بالضرر

---

[٣٨] د. محمود مختار بربري، مرجع سبق ذكره، صـ١٤٦.

[٣٩] د. هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، صـ٣٨٦.

[٤٠] يقابل نص المادة (١٩) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م.

كما أنها لم تبين نوع الضرر الذي يمكن التعويض عنه، ومن المستقر عليه أن تخضع هذه المسألة لتقدير محكمة الموضوع التي ينعقد لها الاختصاص وتهتدي في ذلك بشروط العقد وما يجري عليه العرف وقواعد العدالة[٥٠]، وقد اعتبر من قبيل الأضرار التي يسأل عنها الناقل الجوي التأخير في وصول مريض لإجراء عملية جراحية أو التأخير الذي يترتب عليه هلاك البضاعة أو تلفها.

وقد أثار مبدأ التأخير خلافات حادة في ظل المادة (١٩) من اتفاقية وارسو ويرجع سبب هذا الخلاف إلى عاملين أساسيين:

- عدم وجود معيار يمكن على ضوئه تحديد المقصود بالتأخير الذي يؤدي إلى مساءلة الناقل[٥١].
- إن مبدأ المسئولية عن التأخير وجد معارضة شديدة من الناقلين الجويين والاتحاد الدولي لمؤمني شركات الطيران بحجة أنه يؤدي إلى عرقلة الملاحة الجوية ويعرضها للخطر إذ إن تلك الملاحة مرتهنة بظروف مختلفة ليس في إمكان الناقل الجوي السيطرة عليها كالظروف الخاصة بالجو فقد تسمح بالطيران أو لا تسمح[٥٢]، كذلك ترجع هذه الاختلافات إلى موقف الشروط العامة للمنظمة العامة للمنظمة الدولية للنقل الجوي (I.A.T.A.) والتي تقضي بأنه ليس هناك اشتراط على إتمام النقل في مدة محددة وبأن ساعات الرحيل والوصول المبينة في جداول مواعيد الناقلين أو في أي وثائق أخرى لا تعتبر جزءاً من عقد النقل وما هي إلا مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت الذي تستغرقه عملية النقل. (م١/١٠ من شروط نقل الركاب وأمتعتهم، م٦/٣/أ من شروط نقل البضائع).

إلا أن الرأي مستقر في الفقه والقضاء على أن الشروط التي تعفي الناقل من التزامه بميعاد محدد للنقل، لا تعني أن الناقل حر في تنفيذ التزامه بالنقل، وإلا كان

---

[٥٠] د. هشام فضلي، مرجع سبق ذكره، ص٢٧.

[٥١] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٢.

[٥٢] د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٢.

من قبيل شروط الإعفاء من المسئولية الباطلة وفقاً لاتفاقية وارسو ومونتريال، وإنما تعني التزامه بالنقل في الميعاد المعقول، فإن حصلت مجاوزة غير عادية لذلك الميعاد اعتبر الناقل مخلاً بالتزامه وانعقدت مسئوليته عن التأخير[٥٣].

المبحث الثالث

النطاق الزمني لالتزام الناقل الجوي

حتى يتمكن الشخص المضرور- سواء كان المسافر أو الشاحن- من إثارة مسئولية الناقل الجوي لابد أن يكون الضرر قد لحق به خلال المدة التي يكون فيها الناقل الجوي ملتزماً بعدم الإخلال بالالتزامات المترتبة عليه، لذلك من الضروري تحديد النطاق الزمني لهذه الالتزامات وذلك على النحو التالي:

أولاً: في حالة نقل الأشخاص:

نصت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال على ضرورة وقوع الحادث الذي نتج عنه الضرر على متن الطائرة أو في أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم، فيفهم من ذلك أن الفترة الزمنية التي يسري خلالها التزام الناقل تقتصر على المدة التي تكون الطائرة فيها محلقة في الجو أو في أثناء عمليات صعود الركاب أو نزولهم من الطائرة[٥٤]. وترتيباً على ذلك يمكن القول بأن ما يقع من أضرار قبل بدء الصعود للطائرة أو بعد انتهاء الهبوط منها لا يسأل عنه الناقل طبقاً لأحكام الاتفاقيتين.

ولا يثير تفسير عبارة "على متن الطائرة" صعوبة، فهي تعني اللحظة التي تطأ فيها قدم الراكب الطائرة ويستقر في مقعده حتى اللحظة التي يخرج فيها من باب الطائرة ويضع قدمه على سلم الهبوط في مطار الوصول[٥٥]. إلاّ أن الفقه والقضاء اختلف في تفسير عبارة (عمليات صعود الركاب أو نزولهم)، واستقر الرأي الراجح في الفقه على

---

[٥٣] د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)،مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٥.

[٥٤] د. هشام فضلي، مرجع سبق ذكره، ص ١٨.

[٥٥] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠.

عدم الأخذ بالتفسير الحرفي لنص المادة والذي يعني حصر عمليات الصعود والنزول في مجرد صعود الراكب على سلم الطائرة في مطار القيام حتى هبوطه في أرض مطار الوصول، وإنما ينبغي تفسيرها بالاسترشاد بالغاية التي تقرر من أجلها التزام الناقل بضمان السلامة وتتمثل هذه الغاية في حماية المسافرين من المخاطر الخاصة بالطيران[56]، كما ينبغي من ناحية أخرى تحديد بداية ونهاية هذا الالتزام بالمكان والزمان الذي يتولى فيه الناقل الجوي وتابعوه رعاية المسافرين تمهيداً لعملية النقل[57].

وعليه تحدد فترة النقل منذ اللحظة التي يكون فيها الراكب تحت إمرة تابعي النقل ويتحقق ذلك من الناحية العملية بدخول الراكب للصالة المعدة لتجميع المسافرين بمطار القيام للتوجه بهم إلى الطائرة، ويظل الراكب تحت إمرة الناقل حتى تتم الرحلة ويدخل الراكب الصالة المعدة لاستقبال المسافرين في صالة الوصول لإنهاء إجراءات الوصول أما خارج هذه الفترة فلا يعد الراكب تحت إمرة الناقل[58].

ثانياً: في حالة نقل الأمتعة المسجلة:

حتى يسأل الناقل الجوي يجب أن يتحقق الضرر الذي يلحق الأمتعة أثناء عملية النقل الجوي، أي الفترة التي تكون فيها هذه الأمتعة في حراسة الناقل الجوي سواء تحققت هذه الحراسة على متن الطائرة أو على أرض المطار، أو في أي مكان تهبط فيه الطائرة حتى ولو كان خارجاً عن المطار[59].

وذلك وفقاً للفقرة (٢) من المادة (١٧) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م التي نصت على أن الفترة التي تكون فيها الأمتعة المسجلة "على متن الطائرة أو أثناء أي فترة كانت فيها الأمتعة في حراسة الناقل".

---

(٥٦) د. هاني دويدار، مرجع سبق ذكره، ص٣٨٤.

(٥٧) د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٤.

(٥٨) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٦.

(٥٩) د. محمد مختار بربري، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨.

وتنتهي حراسة الناقل الجوي للأمتعة المسجلة متى ما قام المسافر في مطار الوصول باستلام أمتعته، ولا تؤثر معاونة أحد تابعي الناقل الجوي المسافر في حمل الأمتعة إلى خارج مبنى المطار على انتهاء حراسة الناقل لها[٦٠].

ثالثاً: في حالة نقل البضائع:

حتى تثار مسئولية الناقل يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالبضاعة نتج عن حادث وقع أثناء عملية النقل الجوي، والمعيار الذي تبنته كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م هو فكرة الحراسة ففترة النقل الجوي هي الفترة التي تكون خلالها البضائع في حراسة الناقل، أي من وقت استلام الناقل للبضاعة من المرسل حتى تسليمها إلى المرسل إليه، فإذا وقع الحادث المسبب للضرر خلال تلك الفترة اعتبر الناقل الجوي مخلاً بالتزامه بضمان المحافظة على البضائع وانعقدت مسئوليته.

ونصت الفقرة (٣) من المادة (١٨) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م[٦١] على أن "فترة النقل الجوي لا تغطي أي نقل بري أو بحري أو نهري يقع خارج المطار" فالقاعدة العامة إذن إن أي نقل بري أو بحري أو نهري يحدث خارج المطار عند تنفيذ عقد النقل بقصد الشحن أو التسليم لا يكون الناقل الجوي مسئولاً عنه بمعنى أنه لا تنعقد مسئولية للناقل الجوي إذاحدث ضرر للبضاعة في أي من الفترتين، ولأن إثبات أن الضرر وقع أثناء فترة النقل الجوي مسألة صعبة بالنسبة للمرسل فإن الفقرة (٣) من ذات المادة أنشأت قرينة مفادها افتراض أن ما يلحق البضاعة من أضرار في تلك الفترات قد وقع أثناء النقل الجوي، ويكون للناقل الجوي إثبات العكس أي إثبات أن الضرر الذي لحق البضاعة وقع أثناء عمليات النقل البري أو البحري أو النهري.

---

[٦٠] د. هاني دويدار، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٩.

[٦١] تقابل المادة (١٨/٤) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م والتي تنص على أن "لا تشمل فترة النقل الجوي أي نقل بري أو نقل بحري أو نقل في مجار مائية خارج المطار، غير أنه إذا حدث مثل هذا النقل تنفيذاً لعقد نقل جوي بغرض التحميل أو التسليم أو النقل من مركبة إلى أخرى فيفترض أن الضرر قد نجم من حدث وقع أثناء النقل الجوي، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

أما في حالة الهبوط الاضطراري خارج أحد المطارات فيعتبر الضرر الذي يلحق البضاعة واقعاً في فترة النقل الجوي وبالتالي يخضع لنظام المسئولية المقرر في الاتفاقية مادام قد نشأ عن حدث تحقق أثناء أو بعد هذا الهبوط الاضطراري، ولكن يجب أن يكون قبل إعادة نقل البضاعة من جديد بطريق آخر سواء كان طريق بري أو بحري أو نهري[٦٢]، ووسعت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م من النطاق الزمني لتطبيق أحكامها حيث نصت في المادة (٣/١٨) من الاتفاقية على أنه: "إذا قام الناقل بدون موافقة المرسل باستبدال واسطة النقل بواسطة نقل أخرى، فيما يتعلق بالنقل كلياً أو جزئياً الذي يتناوله الاتفاق بين الأطراف باعتباره جوياً، فإن النقل بتلك الواسطة الأخرى يعتبر أنه تم ضمن مدة النقل الجوي".

رابعاً: في حالة التأخير:

لا يكفي حدوث التأخير لاعتبار الناقل الجوي مسئولاً بل يجب أن يقع هذا التأخير خلال فترة زمنية معينة، وقد اختلف الفقه حول تحديد هذه الفترة التي يجب حدوث التأخير خلالها نظراً لأن المادة (١٩) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والتي تقابل المادة (١٩) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م لم تحدد المقصود بفترة النقل، فذهب جانب من الفقه إلى أن التأخير الذي يجعل الناقل مسئولاً عنه هو ذلك التأخير الذي يقع أثناء عملية النقل الجوي فقط، أي في الفترة ما بين إقلاع الطائرة من مطار القيام وحتى هبوطها في مطار الوصول، ومن ثم لا تسري أحكام الاتفاقية على التأخير الذي يحدث قبل أو بعد عملية النقل[٦٣]، إلا أن الرأي الغالب في الفقه يرى أن المادة (١٩) أحالت- بصورة ضمنية- إلى التحديد الوارد في المادتين (١٧) و(١٨)، ومن ثم فإن الناقل الجوي يسأل عن التأخير في نقل الركاب متى وقع هذا التأخير أثناء الفترة التي يكون فيها الراكب

---

[٦٢] د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الداخلي والدولي)، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٤م صـ٢١٥.

[٦٣] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، صـ١٣٥.

تحت إمرة وتعليمات الناقل، وعن التأخير في نقل البضائع إذا حدث هذا التأخير أثناء الفترة الزمنية التي تكون فيها البضاعة في حراسة الناقل[٦٤].

الفصل الثاني

طرق دفع مسئولية الناقل الجوي

إذا أخل الناقل بتنفيذ أي من الالتزامات الرئيسية الثلاثة التي يرتبها عقد النقل انعقدت مسئوليته والتزم بالتعويض إلا أن اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكولاتها المعدلة، واتفاقية مونتريال ١٩٩٩م منحت الناقل الجوي طرق عديدة يستطيع بموجبها دفع المسئولية عنه أو التخفيف منها،وترتبط طرق دفع المسئولية ارتباطاً وثيقاً بالأساس الذي تستند إليه هذه المسئولية، فإذا كانت المسئولية قائمة على أساس الخطأ المفترض، يقع على الناقل عبء إثبات أنه لم يرتكب هذا الخطأ حتى يدفع عنه المسئولية، وإذا كانت المسئولية موضوعية قائمة على أساس الخطر أو تحمل التبعة يسأل الناقل في جميع الأحوال ولا يستطيع دفع المسئولية عنه إلا بإقامة الدليل على نسبة الضرر إلى خطأ المضرور نفسه.

كما تعتمد طرق دفع المسئولية على طبيعة الالتزام الذي يتحمله الناقل فإن كان التزاماً ببذل عناية يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ هذا الالتزام عناية الرجل المعتاد أما إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة لا يستطيع دفع المسئولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وبتطور الأساس القانوني لمسئولية الناقل الجوي وطبيعة هذه المسئولية، تطورت طرق دفع مسئولية الناقل الجوي منذ اتفاقية وارسو١٩٢٩م وبروتوكولاتها المعدلة حتى اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

---

[٦٤] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ـ ١٣٣.

وسنتناول في هذا الفصل طرق دفع المسئولية في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول:

طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها.

المبحث الثاني:

طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

المبحث الأول:

طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها:

أولاً : طرق دفع المسئولية وفقاً لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكول لاهاي ١٩٥٥م:

ذكرنا فيما سبق- أن مسئولية الناقل الجوي في كل من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م وبروتوكول لاهاي ١٩٥٥م مسئولية تعاقدية أساسها الخطأ المفترض من جانب الناقل وأن التزام الناقل بضمان سلامة المسافرين أو بالمحافظة على البضائع والأمتعة أو بإنجاز النقل في فترة معقولة هو التزام ببذل عناية، فلا يكلف المسافر أو الشاحن إلا بإثبات الضرر وعلاقة السببية بينه وبين الحادث، فكان من الطبيعي أن ينعكس التزام الناقل الجوي والمتمثل في كونه التزاماً ببذل عناية مع افتراض الخطأ من جانب الناقل الجوي بمجرد إخلاله بتنفيذه على الطرق التي حددتها الاتفاقية لدفع مسئولية الناقل الجوي في المادتين (٢٠/٢١) من اتفاقية وارسو ١٩٢٩م[٦٥].

فنصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من اتفاقية وارسو على أنه: "لا يكون الناقل مسئولاً إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر، أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها" أما الفقرة (٢) من ذات المادة فقضت بعدم مسئولية

[٦٥] د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص٥٨٩.

الناقل الجوي "إذا أثبت أن الضرر الذي لحق البضاعة أو الأمتعة المسجلة قد تولد عن خطأ في الطيران أو في قيادة الطائرة أو في الملاحة، وأنه قد اتخذ هو وتابعوه في مختلف النواحي الأخرى كافة التدابير الضرورية لتفادي وقوع الضرر"، أما المادة (٢١) فتنص على أنه "إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المضرور قد تسبب عنه الضرر أو أسهم في إحداثه فللمحكمة بالتطبيق لنصوص قانونها أن تستبعد مسئولية الناقل أو تخفف منها".

ويتضح باستقراء تلك النصوص أن الناقل الجوي يعفى من المسئولية عن الضرر الذي يصيب الراكب أو البضاعة إذا أثبت أنه وتابعيه قد قاموا بواجبهم لتحقيق سلامة الركاب والبضائع باتخاذه هو وتابعوه كافة الاحتياطات والتدابير اللازمة لتجنب وقوع الضرر، أو يمكن للناقل الجوي أن يثبت أن الضرر الذي لحق المسافر أو البضاعة يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي بحيث كان من المستحيل عليه تجنبه، كما يستطيع الناقل إثبات أن الضرر الذي لحق البضاعة أو الأمتعة يرجع إلى خطأ ملاحي، ويستطيع الناقل الجوي دفع المسئولية إذا أثبت أن خطأ المصاب هو الذي تسبب عنه الضرر أو أسهم فيه، إذن يستطيع الناقل الجوي التخلص من المسئولية عن طريق واحد من الوسائل الآتية:

(١) اتخاذ كافة التدابير الضرورية لتلافي وقوع الضرر أو استحالة اتخاذها:

تعد هذه الوسيلة من أهم وسائل دفع المسئولية القائمة على أساس الخطأ المفترض فوفقاً لنص المادة (١/٢٠) من اتفاقية وارسو لا يكون الناقل الجوي مسئولاً إذا نفى وجود الخطأ وذلك بإثبات أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر.

وقد أثار تحديد المقصود بمصطلح "التدابير الضرورية"[٦٦] اختلافاً في الفقه والقضاء ويمكن أن نميز بين اتجاهات ثلاثة في هذا الصدد:

---

[٦٦] "كان المشروع التمهيدي لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م يقضي بضرورة أن يتخذ الناقل الجوي "التدابير المعقولة" غير أن هذا التعبير استبدل- بناء على اقتراح الوفد السوفيتي- بالعبارة التي وردت في المادة (٢٠). د. هاني دويدار، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٢.

الاتجاه الأول: اتجه البعض إلى تفسير عبارة "التدابير الضرورية" التي يجب على الناقل الجوي اتخاذها تفسيراً حرفياً، فاشترط أن يقوم الناقل الجوي بإثبات اتخاذه كل التدابير التي من شأنها أن تؤدي موضوعياً إلى منع حدوث الضرر، أو هي تلك التدابير التي لو اتخذت ما وقع الضرر[٦٧]، وقد أجمع الفقه على استبعاد هذا التفسير الحرفي لاعتبارات عدة فهو:

أولاً: يؤدي إلى حرمان الناقل الجوي من الوسيلة الأساسية التي قررتها المادة (٢٠) لدفع المسئولية عنه والمتمثلة في إثبات اتخاذ كافة التدابير، فلو كان المقصود بذلك إثبات اتخاذ الناقل كل التدابير التي من شأن اتخاذها أن تؤدي موضوعياً إلى منع حدوث الضرر لفقدت هذه الوسيلة كل معنى لها[٦٨]. ولأن أعمال هذا التفسير يؤدي إلى إلقاء المسئولية كاملة على الناقل وجعل الناقل يتحمل تبعة السبب المجهول إذ تستمر قرينة الخطأ ولا يستطيع الناقل هدمها لأن جهل السبب سيجعل من الصعوبة تحديد التدابير الضرورية التي يمكن للناقل إثبات اتخاذها لنفي الخطأ المفترض من جانبه من مجرد وقوع الضرر[٦٩].

وثانياً: يناقض هدف الاتفاقية الأساسي والمتمثل في إقامة التوازن بين مصلحة الناقل الجوي من ناحية، بتمكينه من دحض هذه القرينة دون حاجة إلى إقامة الدليل على رجوع الضرر إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه. وبين مصلحة المسافرين والشاحنين من ناحية أخرى، بافتراض خطأ الناقل[٧٠].

الاتجاه الثاني: ذهب إلى تفسير عبارة "التدابير الضرورية" تفسيراً ضيقاً، ومن ثم فإن التدابير الضرورية التي يجب على الناقل الجوي اتخاذها يجب أن ترتبط ارتباطاً وثيقاً ومباشراً بسبب الحادث الذي نتج عنه الضرر، وبمعنى آخر

---

[٦٧] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

[٦٨] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٤.

[٦٩] د. محمد مختار بربري، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٢.

[٧٠] د. محمد فريد العريني د. محمد السيد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٢.

أن يثبت الناقل اتخاذ التدابير الضرورية المتعلقة بسبب الحادث ذاته[٧٢].
فإذا كان سبب الحادث مثلاً تعطل الجهاز الذي يتم به إخراج إطارات الطائرة عند الهبوط فعلى الناقل أن يثبت أنه تم الكشف على هذا الجهاز قبل الإقلاع وكان سليماً، إلا أن هذا الرأي ينطوي على تشدد بالنسبة للناقل الجوي، إذ يجب على الناقل وفقاً لهذا الرأي ضرورة معرفة سبب الحادث على وجه التحديد وإثبات التدابير الضرورية التي اتخذها وهو الأمر الذي يبدو مستحيلاً في أحيان كثيرة[٧٣].

<u>الاتجاه الثالث</u>: استقر الرأي الغالب في الفقه على تفسير عبارة "التدابير الضرورية" تفسيراً واسعاً بحيث يعفي الناقل من المسئولية متى أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير الضرورية، بحيث تعني عبارة "التدابير الضرورية" اتخاذ التدابير المعقولة لتفادي الضرر والتي تفرضها العناية أو اليقظة المعقولة من جانب الناقل العادي وذلك طبقاً لمعيار موضوعي شخصي باعتبار أن التزام الناقل الجوي بضمان سلامة المسافرين والبضائع هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة[٧٤].

وعلى ذلك، لا يكلف الناقل الجوي، طبقاً لهذا الرأي بإقامة الدليل على السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث المتولد عنه الضرر وبإثبات أنه وتابعيه قد اتخذوا في مواجهة هذا السبب بالذات كل التدابير الضرورية لمنع وقوع الضرر، وإنما يجب على الناقل وتابعيه بذل العناية اللازمة لتفادي الضرر بوجه عام ويكفي إثبات هذه العناية لدفع المسئولية ولو كان السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث مجهولاً[٧٥]،أما إذا عرف الناقل السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث فيجب عليه إقامة الدليل على أنه قد اتخذ في مواجهة هذا السبب كافة التدابير اللازمة.

---

[٧٢] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ـ١٣٦.

[٧٣] د. محمود مختار بربري، مرجع سبق ذكره، ص ـ١٢٢.

[٧٤] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٥.

[٧٥] د. هاني دويدار، مرجع سبق ذكره، ص ـ٤٠٤.

وبذلك يستطيع الناقل وفقاً لهذا الرأي دفع المسئولية عنه متى أثبت الآتي إن الطائرة كانت صالحة للملاحة الجوية ومزودة بكافة الأجهزة الضرورية والخرائط، وكانت دائماً محلاً لكشف فني دقيق متواصل وصيانة كاملة، ومزودة بالوقود الكافي لإتمام الرحلة الجوية وقت الإقلاع، وتم الإقلاع بعد التأكد من حالة الجو وتنبؤاته والاطمئنان إلى أنها لا تشكل خطراً على الملاحة الجوية، وإن أفراد طاقم الطائرة حائزون على الإجازات والأهلية المتطلبة بموجب القوانين واللوائح.

ويخضع تقدير اتخاذ التدابير اللازمة لقاضي الموضوع، ويدخل في عناصر هذا التقدير نوع الطائرة والظروف الجغرافية للرحلة الجوية ومدى كفاءة أجهزة الإنقاذ وطبيعة البضاعة المنقولة وحالتها[٧٦].

(٢) استحالة اتخاذ التدابير الضرورية:

لا يكون الناقل مسئولاً إذا ثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كافة التدابير اللازمة لتفادي الضرر، ومن ناحية أخرى لا يكون الناقل الجوي مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالمسافر أو الشاحن إذا كان هناك استحالة في أن يتخذ هو وتابعوه التدابير الضرورية لمنع وقوع الضرر، وفي هذه الحالة يجب على الناقل الجوي إثبات القوة القاهرة التي حالت دون اتخاذ التدابير الضرورية[٧٧].

ورغم أن الاتفاقية لم تنص صراحة على القوة القاهرة كوسيلة من وسائل دفع المسئولية إلا أنها وباعتبارها سبباً عاماً من أسباب دفع المسئولية بصورة عامة فإن الفقه استخلص أن العبارة الأخيرة الواردة في المادة (١/٢٠) والتي تنص على "أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها" تجعل من القوة القاهرة سبباً لدفع مسئولية الناقل الجوي، باعتبار أن الاستحالة لا تتحقق إلا في مواجهة الحادث غير المتوقع وغير الممكن دفعه[٧٨]، والقوة القاهرة التي تكون سبباً يدفع بها الناقل المسئولية عنه تعني الحوادث

---

[٧٦] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٦.

[٧٧] د. عاطف محمد الفقي، المرجع نفسه، ص ١٤٧.

[٧٨] د. محمود الشرقاوي، مرجع سبق ذكره، ص ـ٩٤.

الفجائية التي تخرج عن دائرة نشاط الناقل ولا يمكن له توقعها أو دفعها، وتتمثل القوة القاهرة في مخاطر الهواء التي هي من فعل الطبيعة كالاختلاف الشديد في الضغط الجوي، أو تعرض الطائرة لعاصفة ثلجية رغم حسن توقع الإرصاد الجوية[٧٩]، أما الحوادث الفجائية المتوقعة في دائرة نشاط الناقل، كانفجار محرك الطائرة، أو حدوث عطل بأجهزة الاتصال فقد اختلف الفقه حولها، فذهب البعض إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ على أساس أن القوة القاهرة يشترط فيها أن تكون متعلقة بحوادث خارجة عن نشاط الشخص المسئول، أما الحادث المفاجئ فإنه يتعلق بالنشاط الداخلي للمسئول وبالتالي يكون مسئولاً عن الحوادث الفجائية، إلا أن الرأي الراجح يرى أن هذه التفرقة لا أساس لها والعبرة دائماً بالنظر إلى الحادث الذي أفضى إلى الضرر وهل كان متوقعاً وممكن دفعه أم لا، فيدخل في مفهوم القوة القاهرة الحوادث غير المتوقعة وغير ممكنة الدفع سواء كانت من فعل الطبيعة أو فعل الإنسان[٨٠].

(٣) الخطأ الملاحي:

طبقاً لنص الفقرة (٢) من المادة (٢٠) من اتفاقية وارسو يجوز للناقل الجوي أن يدفع مسئوليته في حالة نقل البضائع والأمتعة فقط إذا أثبت أن الضرر الذي لحق بالبضاعة أو الأمتعة قد تولد عن خطأ في قيادة الطائرة أو من الطيران أو خطأ في الإرشاد أو خطأ فيما يتعلق بالملاحة الجوية بصفة عامة.

والمقصود بهذه الوسيلة هو إعفاء الناقل الجوي من المسئولية عمّا يقع من أفراد طاقم الطائرة من أخطاء متعلقة بعمليات التسيير الفني للطائرة، ولكي يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه بالاستناد إلى وجود خطأ ملاحي يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

١. أن ينتج الضرر عن خطأ ملاحي: ويقصد بالخطأ الملاحي الأخطاء الفنية التي يرتكبها أعضاء هيئة القيادة، مثل الأخطاء المتعلقة بالمناورات اللازمة لحركة الطائرة إقلاعاً وهبوطاً أو طيراناً، فيعتبر خطأ ملاحياً الارتفاع بالطائرة اعتماداً

[٧٩] د. محمود مختار بربري، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٥.

[٨٠] د. محمود الشرقاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤.

على حاسة النظر دون الاستعانة بالمعلومات المسجلة في الأجهزة الفنية مما ترتب عليه اصطدام الطائرة بجبل تعذرت رؤيته على قائد الطائرة نظراً لكثافة الضباب. ويستبعد الخطأ الملاحي الأخطاء التجارية التي قد يرتكبها الناقل الجوي عند استلام البضاعة وشحنها ورصها على متن الطائرة أو عند تفريغها وتسليمها[٨١].

٢. اتخاذ التدابير الضرورية لتفادي الضرر: يجب على الناقل الجوي إثبات أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي وقوع الضرر الناتج عن الخطأ الملاحي.

وقد أثارت فكرة اعتماد الأخطاء الملاحية كسبب لدفع مسئولية الناقل اعتراضات كثيرة فهي تنطوي على تفرقة لا مبرر لها بين نقل الركاب ونقل البضائع والأمتعة، كذلك تؤدي إلى تمكن الناقل الجوي من دفع المسئولية عنه في أغلب الأحوال وذلك بإثبات أن الأضرار التي لحقت البضائع والأمتعة ترجع إلى خطأ الطيران أو في قيادة الطائرة[٨٢]، ولذلك نص بروتوكول لاهاي ١٩٥٥م في المادة (١٠) منه على إلغاء هذه الفقرة.

وبما أن بروتوكول لاهاي لم يعدل في الأساس الذي تقوم عليه مسئولية الناقل فبقيت كما هي قائمة على أساس الخطأ المفترض، فلا يستطيع الناقل الجوي أن يدفع مسئوليته الناشئة عن إخلاله بالتزاماته بموجب أحكام هذا البروتوكول إلا إذا أقام الدليل على أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي وقوع الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

إلا أن بروتوكول لاهاي عدل في نص المادة (٢٣) التي تحرم الشروط الاتفاقية للإعفاء من المسئولية وأضاف إليها فقرة ثانية نصت على أنه "لا تسري أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة (الخاصة بعدم جواز إعفاء الناقل من المسئولية بشروط اتفاقية في العقد) على الشروط الخاصة بالضياع أو التلف الناتج عن طبيعة البضاعة المنقولة أو عن

---

(٨١) د. هاني دويدار، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٨.

(٨٢) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٠.

عيب ذاتي فيها"، ويعني هذا التعديل أن الناقل الجوي يستطيع بمقتضى شروط اتفاقية يضمنها عقد النقل أن يتحلل من مسئوليته عن الأضرار الناتجة عن تلف البضاعة أو هلاكها أو ضياعها متى كانت طبيعتها هي السبب في ذلك كنقل السوائل التي يتبخر جزء منها بفعل الحرارة، أو كان بها عيب ذاتي كان هو السبب في التلف أو الهلاك، وعلى الناقل الجوي يقع عبء إثبات أن الأضرار التي لحقت بالبضاعة كان سببها هو العيب الذاتي أو طبيعتها وأنه وتابعيه لم يرتكبوا خطأ.

(٤) خطأ المضرور:

نصت المادة (٢١) من اتفاقية وارسو بهذه الوسيلة من وسائل دفع مسئولية الناقل الجوي بقولها "إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المصاب هو الذي تسبب عنه الضرر أو ساعد على وقوعه فللمحكمة بالتطبيق لأحكام قانونها أن تستبعد مسئولية الناقل أو تخفف منها" يلاحظ أولاً على حكم هذا النص أنه عام ويشمل حالات المسئولية جميعها سواء كانت نقل ركاب أو بضائع أو أمتعة أو مسئولية عن التأخير، وثانياً لم يوضح النص ماهية ونوعية الخطأ الذي يرتكبه المضرور حتى يعفي الناقل من المسئولية أو يخفف منها، وقد اكتفت الاتفاقية بوضع مبدأ عام يتمثل في إعفاء الناقل الجوي من المسئولية أو التخفيف منها في حالة ارتكاب المضرور خطأ وأحالت المادة إلى أحكام القانون الوطني الواجب التطبيق على النزاع وفقاً لقواعد تنازع القوانين.

ويشترط لإعمال نص المادة (٢١) أن يكون فعل المضرور مكوناً لخطأ كما لو أهمل في إطفاء سيجارة مما أدى إلى نشوب حريق بالطائرة ويقع على عاتق الناقل إثبات الخطأ الذي ارتكبه الشخص المضرور[٨٣].

وقياساً على خطأ المضرور يكون الناقل الجوي معفياً من المسئولية إذا تلفت البضاعة لعيب ذاتي فيها أو لعدم تغليفها بطريقة كافية أو مناسبة، باعتبار أن تقصير المرسل في العناية بهذه الأمور يعد خطأ منه ويقع على الناقل إثبات هذا الخطأ[٨٤].

---

[٨٣] د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص١٤١.

[٨٤] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢.

ثانياً: طرق دفع المسئولية في ظل اتفاق مونتريال ١٩٦٦م:

عدل اتفاق مونتريال ١٩٦٦م مسئولية الناقل الجوي في حالة نقل الركاب فجعلها مسئولية موضوعية تقوم على أساس فكرة المخاطر أو تحمل التبعة بدلاً من المسئولية التعاقدية القائمة على فكرة الخطأ المفترض، فيكون الناقل الجوي مسئولاً بصفة مطلقة عن تعويض الأضرار التي تصيب المسافر ولا يستطيع دفع مسئوليته بإثبات اتخاذه وتابعوه كافة التدابير الضرورية لتلافي الضرر أو إثبات استحالة ذلك عليهم، لأن مجال أعمال هذا الدفع قاصر على المسئولية التي تقوم على فكرة الخطأ دون الخطر وبالتالي لا يستطيع الناقل دفع المسئولية الموضوعية عنه إلا بالاستناد على نص المادة (٢١) من اتفاقية وارسو أي إقامة الدليل على رجوع الضرر إلى خطأ المضرور نفسه.

أما بالنسبة للبضائع، فقد بقيت مسئولية الناقل الجوي كما هي قائمة على أساس الخطأ المفترض وبالتالي يدفع الناقل المسئولية عنه إما بإثبات اتخاذ التدابير الضرورية لتلافي وقوع الضرر أو استحالة اتخاذها أو بإثبات خطأ المضرور.

ثالثاً: طرق دفع المسئولية في ظل بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١م:

جعل بروتوكول جواتيمالا سيتي - كما ذكرنا سابقاً - أساس مسئولية الناقل الجوي تقوم على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة، إلا أن البروتوكول لم يعتمد فكرة المخاطر أو تحمل التبعة - أي المسئولية الموضوعية - إلا بالنسبة لوفاة المسافر أو إصابته بجراح أو أذى جسماني أو فقد وتلف أمتعتهم، أما بالنسبة لتأخير المسافر وأمتعته أو فقد أو هلاك أو تلف البضاعة وتأخيرها فقد ظلت المسئولية كما هي في اتفاقية وارسو مسئولية عقدية أساسها الخطأ المفترض من جانب الناقل، لذلك تختلف وسائل دفع المسئولية حسب نوع الأضرار ففي حالة وفاة المسافر أو إصابته وفقد وتلف أمتعته يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه بالوسائل الآتية:

<u>الوسيلة الأولى: الحالة الصحية للراكب</u>: فإذا أثبت الناقل أن الحالة الصحية للراكب كانت هي السبب الوحيد لما لحق به من ضرر فإنه يعفى من المسئولية عن الضرر (م٤/ فقرة أولى).

الوسيلة الثانية: خطأ المصاب: يعفى الناقل من المسئولية كلية إذا كان خطأ المصاب هو السبب الوحيد لما لحقه من ضرر، أما إذا كان الخطأ مشتركاً فإن المسئولية توزع بين الناقل الجوي والمسافر بنسبة مساهمة كل منهما في إحداث الضرر (م٦ من البروتوكول).

وتضمن البروتوكول سبباً آخراً لدفع مسئولية الناقل الجوي عن هلاك أو تلف أمتعة المسافر فأجاز للناقل دفع المسئولية عنه حتى أثبت أن الضرر يرجع فقط إلى طبيعة الأمتعة أو إلى عيب ذاتي فيها.

أما في حالة تأخير المسافر وأمتعته أو تلف وهلاك البضاعة وتأخيرها فظلت مسئولية الناقل الجوي كما هي في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م، وبذلك يعفى الناقل من المسئولية طبقاً للمادة (٥) من البروتوكول إذا أثبت اتخاذه وتابعوه كافة التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو استحالة اتخاذ ذلك أو خطأ المضرور.

رابعاً: طرق دفع المسئولية في بروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥م:

أصبحت مسئولية الناقل الجوي عن البضائع مسئولية موضوعية أساسها فكرة المخاطر أو تحمل التبعة- كما هو بالنسبة للمسئولية عن الأشخاص- وأصبح الناقل لا يستطيع دفع مسئوليته طبقاً لأحكام هذا البروتوكول إلا إذا أقام الدليل على أن هلاك أو تلف أو ضياع البضاعة يرجع إلى واحد من الأسباب الآتية الواردة في المادة (٤) من البروتوكول وهي:

١. طبيعة البضاعة أو العيب الذاتي فيها.
٢. سوء تغليف البضاعة بشرط أن يكون من قام بالتغليف شخص آخر غير الناقل أو أحد تابعيه.
٣. أعمال الحرب أو النزاع المسلح.
٤. عمل صادر من السلطة العامة ذو صلة بالبضاعة من حيث وصولها أو خروجها من المطار أو أثناء مرورها العابر به.

وهكذا لم يعد لطرق دفع المسئولية المنصوص عليها في المادة (٢٠) من اتفاقية وارسو مجال إلا فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع حيث ظل أساس المسئولية كما هو قائماً على فكرة الخطأ المفترض.

المبحث الثاني

طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في ظل اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م

أخذت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م- كما ذكرنا سابقاً- بنظام المسئولية الموضوعية القائمة على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة وبالتالي تنحصر طرق دفع مسئولية الناقل الجوي في نطاق ضيق، إلا أن الاتفاقية أتت بنظام جديد حيث أخذت بمجموعة من الأسس القانونية أقامت عليها مسئولية الناقل الجوي مما أدى ذلك إلى تعدد الطرق لدفع هذه المسئولية.

أولاً: طرق دفع المسئولية في حالة نقل الركاب:

قسمت اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م في المادة (٢١) منها الأضرار التي تحدث نتيجة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية وفقاً لقيمة الأضرار إلى قسمين يقوم كل منهما على أساس مختلف للمسئولية وبالتالي تختلف طرق دفع المسئولية التي يحق للناقل التمسك بها تبعاً لذلك، فبالنسبة للأضرار التي لا تتجاوز قيمتها (١٠٠) ألف وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب تكون مسئولية الناقل الجوي عن مسئولية موضوعية بحيث يسأل الناقل عن هذه الأضرار مسئولية مطلقة ولا يجوز له أن يدفع مسئوليته أو أن يحد منها وفقاً لنص الفقرة (١) من المادة (٢١)، ولا يعني ذلك أن الناقل لا يستطيع دفع المسئولية عنه إذ إن المادة (٢٠) تجيز له ذلك في حالة خطأ المضرور[٨٥]، فإذا أثبت الناقل أن الضرر قد نجم أو أسهم في حدوثه خطأ المضرور أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه يعفى الناقل من المسئولية كلياً أو جزئياً بقدر ما يكون هذا الخطأ قد سبب الضرر أو أسهم في حدوثه[٨٦]، والعبرة في ذلك ليست بدرجة جسامة كل خطأ

---

[٨٥] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٠.

[٨٦] المادة (٢٠) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

بالنسبة إلى الآخر بل بمدى مساهمة كل منهما في إحداث الضرر[٨٧].أما في حالة تجاوز قيمة الأضرار ١٠٠ ألف وحدة حقوق سحب خاصة تكون المسئولية مسئولية شخصية تقوم على أساس الخطأ المفترض من جانب الناقل، إلا أن الاتفاقية لا تشترط لإعفاء الناقل من المسئولية أن يقيم الناقل الدليل على أنه قد اتخذ هو وتابعوه كافة التدابير المعقولة لتلافي وقوع الضرر، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها وإنما أجازت له دفع مسئوليته بأحد الأسباب الآتية:

١. إثبات أن الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع الصادر من جانبه هو أو من جانب تابعيه أو وكلائه[٨٨]، ويكون إثبات الناقل نفي هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع وفق معيار موضوعي شخصي هو معيار الناقل العادي الحريص الذي يوجد في نفس ظروف الناقل[٨٩].

٢. أن الضرر نشأ عن إهمال أو خطأ أو امتناع من جانب الغير، بشرط أن يكون هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع الصادر عن الغير هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر، أما إذا ثبت أن خطأ الناقل قد أسهم مع خطأ الغير في إحداث الضرر فلا يعفى الناقل من المسئولية أياً كانت درجة هذه المساهمة ومن ثم يلزم بتعويض الضرر[٩٠].

بالإضافة إلى ذلك فإن الناقل يستفيد من نص المادة (٢٠) من اتفاقية مونتريال وذلك في حالة إثبات أن الضرر نشأ عن إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه، حيث يعفى الناقل الجوي كلياً أو جزئياً من المسئولية بقدر ما يكون هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع قد سبب الضرر أو أسهم في حدوثه.

---

[٨٧] د. هشام فضلي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥.

[٨٨] المادة (٢/٢١/أ) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

[٨٩] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص١٦١.

[٩٠] المادة (٢/٢١/ب) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

ولكن يجب الوضع في الاعتبار أن الاتفاقية تقصد بالنسبة لقيمة أضرار الحالة الثانية الأضرار التي تجاوز قيمتها هذا القدر من الوحدات فقط في حين تظل قيمة الأضرار التي لا تتجاوزه داخل الفئة الأولى، وبذلك تكون أضرار الحالة الثانية التي تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة بمثابة حالتين متداخلتين قيمة إحداهما تصل إلى ١٠٠ ألف وحدة وقيمة الأخرى ما زاد على هذه القيمة[٩١].

ثانياً: طرق دفع المسئولية في حالة نقل البضائع:

بالنسبة للأضرار الحاصلة للبضائع من تلف أو ضياع أو تعيب تكون مسئولية الناقل مسئولية موضوعية، ولا يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه إلا بإثبات أن الضرر يرجع إلى سبب أو أكثر من الأسباب الآتية[٩٢]:

- وجود خلل كامن في تلك البضائع إما بسبب نوعيتها أو وجود عيب ذاتي فيها.
- سوء تغليف البضائع من جانب شخص غير الناقل أو تابعيه أو وكلائه.
- عمل من أعمال الحرب أو النزاع المسلح.
- إجراءات اتخذتها السلطة العامة بشأن دخول البضائع أو خروجها أو عبورها.

بالإضافة لما سبق فإن المادة (٢٠) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م تعفي الناقل من المسئولية إذا أثبت إهمال أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه بحيث يعفي الناقل في هذه الحالة كلياً أو جزئياً من المسئولية بقدر ما يكون هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع قد سبب الضرر للبضائع أو أسهم في حدوثه وهو سبب عام تدفع به مسئولية الناقل الجوي في جميع صورها.

ثالثاً: طرق دفع المسئولية في حالة نقل الأمتعة:

ميزت الاتفاقية بالنسبة لنقل الأمتعة بين الأمتعة المسجلة والأمتعة غير المسجلة وأقامت المسئولية في كل نوع على أساس مختلف ومنحت الناقل طرق مختلفة لدفع

---

[٩١] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سبق ذكره، ص١٦٣.

[٩٢] المادة (٢/١٨) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

مسئوليته،بالنسبة للأمتعة المسجلة مسئولية الناقل الجوي مسئولية موضوعية بالتالي لا يستطيع الناقل دفع المسئولية عنه إلا بإرجاع الضرر إلى واحد من سببين هما:

١- وجود خلل كامن في الأمتعة أو في نوعيتها أو عن عيب ذاتي فيها[٩٣].

٢- نشوء الضرر عن إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض أو الشخص الذي يستمد حقوقه منه.

أما بالنسبة للأمتعة غير المسجلة تكون مسئولية الناقل الجوي مسئولية شخصية قوامها الخطأ التعاقدي واجب الإثبات[٩٤]، وترجع الحكمة من إلقاء عبء إثبات خطأ الناقل على عاتق المسافر إلى أن الأمتعة المسجلة تبقى في حوزته ولا تنتقل حراستها إلى الناقل[٩٥].

رابعاً: طرق دفع المسئولية في حالة التأخير في النقل:

مسئولية الناقل الجوي عن أضرار التأخير في ظل اتفاقية مونتريال مسئولية شخصية قوامها الخطأ المفترض، فلا يستطيع الناقل التخلص من هذه المسئولية إلا بإثبات أحد أمرين هما:

- أنه اتخذ هو وتابعوه ووكلاؤه كافة التدابير المعقولة لتفادي الضرر أو أنه استحال عليهم اتخاذها[٩٦].
- إن الضرر قد نشأ عن إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض أو الشخص الذي يستمد حقوقه منه

الخاتمة والنتائج والتوصيات

تعد اتفاقية وارسو ١٩٢٩م بما اشتملت عليه من أحكام تنظم مسئولية الناقل الجوي الدولي أولى القواعد القانونية التي وضعت وقد كانت ثمرة جهود عديدة

---

[٩٣] المادة (١٧/٢) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

[٩٤] المادة(١٧/٣) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

[٩٥] د.هشام فضلي، مرجع سبق ذكره،ص ٥١.

[٩٦] المادة(١٩) من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م.

ومضنية تبلور فيها الخلاف بين المؤتمرين بقواعد تنظم مسئولية الناقل الجوي من حيث أساسها ومداها وطرق دفعها وحدود التعويض، فبنت مسئولية الناقل الجوي على أساس الخطأ المفترض وتعد قرينة الخطأ في اتفاقية وارسو ١٩٢٩م قرينة بسيطة يجوز للناقل دحضها بالدليل العكسي أي بإثبات اتخاذه هو وتابعوه كافة التدابير اللازمة لتفادي وقوع الضرر أو بإثبات استحالة اتخاذ هذه التدابير، وعدلت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م بموجب بروتوكول لاهاي ١٩٥٥م الذي أبقى مسئولية الناقل الجوي كما هي قائمة على أساس الخطأ المفترض، وفي سنة ١٩٦٦م أبرم اتفاق مونتريال ١٩٦٦م وبمقتضاه أصبحت مسئولية الناقل الجوي قائمة على أساس الخطر لا الخطأ ولا يجوز دفعها إلا بإثبات خطأ المضرور، وعدلت اتفاقية وارسو ١٩٢٩م مرة أخرى بموجب بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١م والذي جعل مسئولية الناقل الجوي مسئولية موضوعية قائمة على أساس الخطر لا الخطأ فيما يتعلق بالحوادث التي تؤدي إلى وفاة الراكب أو إصابته بأذى بدني وكذلك عن الأضرار الناشئة عن هلاك أو تلف أو فقد الأمتعة المسجلة ولا يستطيع دفع مسئوليته إلا إذا أثبت أن المضرور نفسه هو الذي تسبب أو أسهم بخطئه في حدوث الضرر، بينما ظلت مسئولية الناقل الجوي في حالة الأضرار الناشئة عن التأخير في نقل الركاب وأمتعتهم قائمة على أساس الخطأ المفترض ويكون للناقل دفعها بإثبات اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو استحالة اتخاذها، أما بروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥م فأخذ بفكرة المسئولية الموضوعية في مجال نقل البضائع بعد أن تبناها قبله بروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١م في مجال نقل الأشخاص ولا يستطيع الناقل التحلل من المسئولية إلا بإثبات أن هلاك أو تلف البضائع يرجع إلى سبب من أسباب معينة حددها البروتوكول.

أما اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م فقد أقرت مبدأ المسئولية الموضوعية القائمة على أساس الخطر أو تحمل التبعة، ولم تأخذ اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م بأساس قانوني واحد تقوم عليه مسئولية الناقل الجوي بل بالعديد من الأسس القانونية التي يرتبط تحديدها بموضوع النقل ونوع الضرر الحاصل ولما كان تحديد طرق دفع المسئولية يرتبط بتحديد أساسها القانوني فإن تنوع هذه الأسس أدى إلى تعدد طرق دفع المسئولية.

ومن خلال دراستنا لموضوع البحث ودون التطرق لاتفاقية وارسو ١٩٢٩م والبروتوكولات المعدلة لها باعتبار أنها أصبحت ملغية نتوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

- أهم ما جاءت به اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م من حيث مسئولية الناقل الجوي أنها أقرت مبدأ المسئولية الموضوعية القائمة على أساس الخطر أو تحمل التبعة.
- رغم أن اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م أقرت مبدأ المسئولية الموضوعية إلا أنها منحت الناقل طرقاً متعددة يدفع بها المسئولية عنه مما أخفى المعالم الأساسية للمسئولية الموضوعية، وكان يجب تقليل طرق دفع المسئولية مع ارتباطها بالأساس القانوني الذي بنت عليه مسئولية الناقل الجوي.
- أخذت الاتفاقية بنظام مزدوج لمسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تحدث للركاب فقسمتها إلى قسمين وذلك حسب حجم الضرر ووضعت لكل منهما أحكاماً مختلفة.
- المسئولية عن الأضرار التي تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة حقوق سحب خاصة، تمثل حالتين متداخلتين الأولى تكون للأضرار التي لا تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة حقوق سحب خاصة، فتكون المسئولية موضوعية قائمة على أساس الخطر أو تحمل التبعة، والثانية للأضرار التي زادت عن قيمة ١٠٠ ألف وحدة حقوق سحب فتكون المسئولية بالنسبة للقدر الزائد مسئولية شخصية تقوم على أساس الخطأ المفترض ويمثل هذا الأساس خط رجعة نحو اتفاقية وارسو ١٩٢٩م.
- أوردت الاتفاقية سبباً عاماً يدفع به الناقل المسئولية عنه، يسري على جميع أحكام المسئولية الواردة في الاتفاقية بحيث يعفى الناقل الجوي من المسئولية عن الأضرار الحادثة للمسافرين أو البضائع أو الأمتعة فضلاً عن التأخير إذا أثبت أن الضرر قد نجم عن إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص الذي يطالب بالتعويض سواء كان الإعفاء كلياً أو جزئياً بقدر المساهمة في إحداث الضرر.

قائمـة المراجـع

١- د. أكثم أمين الخولي، دروس في القانون البحري والجوي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، ١٩٧١م.

٢- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الجوي، مكتبة النصر- فرع جامعة القاهرة، ١٩٩٢م.

٣- د. عاطف محمد الفقي، تطور مسئولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٤- د. محمود سمير الشرقاوي، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.

٥- د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي- حوادث الطيران)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م.

٦- د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الداخلي والدولي)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م.

٧- د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م.

٨- د. محمود مختار بربري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨٥م.

٩- د. هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

١٠- د. هشام فضلي، مسئولية الناقل الجوي "على الصعيدين الدولي والداخلي- دراسة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩م وقانون التجارة الجديد"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.

٦/ الدور الرقابي والمساعد للقضاء في التحكيم

د. مساعد عوض الكريم أحمد مساعد

جامعة السودان المفتوحة ـ منسق برنامج القانون

المقدمة :

حظي موضوع التحكيم باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات. فعلى المستوى الدولي، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة به. وفي ظل عصبة الأمم تم إبرام بروتوكول جنيف في ٢٢ سبتمبر عام ١٩٢٣م، بشأن الاعتراف بصحة شروط التحكيم كما تم إبرام اتفاقية جنيف في ١٩٢٧/١٢/٢٦م بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. وفي إطار منظمة الأمم المتحدة، تم إبرام إتفاقية نيويورك في ١٩٥٨/٨/١٠م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها كما تم إبرام الاتفاقية الأوربية المنبثقة عن منظمة الأمم المتحدة، وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن في ١٩٦٥/٣/١٨م، وذلك في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير. كما أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أهمية خاصة للتحكيم. فوضعت قواعد خاصة به سنة ١٩٧٦م كما وضعت القانون النموذجي سنة ١٩٨٥م، لكي تسترشد به الدول عند إصدارها لتشريعات جديدة. وقد نشأت العديد من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي، والتي من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس والجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم. كما أنشأت اللجنة القانونية الأفروآسيوية مركزين للتحكيم أحدهما في كوالالمبور بماليزيا والآخر بالقاهرة. وعلى المستوى الداخلي، تصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم وبيان قواعده وتيسير أحكامه. وفي السودان صدرت العديد من اللوائح المنظمة لعمل التحكيم، كلائحة اتحاد أصحاب العمل ولائحة المجلس الهندسي ولائحة النائب العام للتحكيم بين المؤسسات الحكومية وصدرت القوانين المنظمة للعمل التحكيمي في السودان حيث تم النص على ذلك في صلب قانون القضاء المدني (الملغي) لسنة ١٩٢٩م وقانون الإجراءات

المدنية (الملغي) لسنة ١٩٧٤م وقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م الذي لا يزال ساري المفعول وذلك في المواد من ١٣٩ – ١٥٦. وأخيراً أصدر المشرع السوداني القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٥م الذي ينظم عمل التحكيم.

وعلى الصعيد الفقهي حُظي موضوع التحكيم باهتمام بالغ من جانب الفقه وتربع على قمة الموضوعات التي شغلت أذهان الباحثين وجذبت أنظارهم. ولذا كثرت فيه المؤلفات وعنيت به المعاهد والجامعات وعُقدت من أجله العديد من الندوات والمؤتمرات العلمية وازداد عدد الرسائل العلمية التي تتناول جوانبه المختلفة.

قد انتشر الأخذ بنظام التحكيم وكثر الالتجاء إليه كوسيلة لتسوية وفض النزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية. وتم إنشاء العديد من المراكز التي تقوم بعملية التحكيم كالمركز الوطني للتحكيم، والمركز العربي للتحكيم ومركز الخرطوم للتحكيم وغيرها، وذلك لنشر ثقافة التحكيم على مستوى جمهورية السودان.

مشكلة الدراسة :

من المتفق عليه أن تراعى في أعمال التحكيم قواعد النظام القانوني الذي يسمح للمحكمين، وهم أشخاص مختصون بممارسة وظيفة قضائية ضمن وظائف الدولة الأساسية التي تختص بها السلطة القضائية وفقاً للتحولات العميقة والمعطيات التي تشهدها الحياة المعاصرة.

لقد اكتسب التحكيم أهمية كبرى وظهرت له صور أكثر تعقيداً بما اتصفت به المعاملات الحديثة. من تعقيدات فصارت الوسيلة الأكثر انتشاراً وفاعلية لحسم جانبٍ مهمٍ من النزاعات إلا أنه لا يشكل أداة لتقديم حلول خارج القانون بقدر ما هو نظام قانوني لتوفير العدالة في إطار يتسم بالمرونة. ومن ثم، فإن حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ليست طليقة من أي قيد، وكبناء قانوني، فإن التحكيم يتضمن عدة إرادات هي:

١- إرادة المشرع التي تحدد نطاق ومضمون الحق في التحكيم وكيفية ممارسته.
٢- إرادة المحتكمين التي تحرك هذه الإرادة الساكنة في صورة الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشارطة.

٣- إرادة المحكمين التي تدور في تلك الإرادتين السابقتين وتستمد مصدر سلطاتها المباشرة من إرادة المحتكمين.

أهمية وأهداف الدراسة :

يتمثل موضوع هذه الدراسة في الدور الرقابي والمساعد للقضاء في التحكيم. وأهمية الموضوع لا تخطئه العين مطلقاً حيث أن كل القوانين واللوائح المنظمة للعمل التحكيمي تؤكد عدم تمتع كل من المحكمين والمحتكمين بسلطة مطلقة. فالضوابط القانونية التي أقرها المشرع تلقي بظلالها على المحكمين والمحتكمين على حد السواء. وتشكل السلطة القضائية في الدولة الرقيب على سلطات المحكمين في الدولة. وتتجلى أهمية موضوع الرقابة على أعمال المحكمين في دراسة نظرة المشرع لأوجه عمل التحكيم من الناحية الإجرائية والموضوعية ووضع القواعد القانونية التي تحدد القضاء المناط به نظر تحديد كيفية تطبيق القانون في التحكيم والتي تتعلق بالمحكمة المختصة في نظر المسائل المتعلقة بالتحكيم.

ونهدف من وراء هذه الدراسة الوقوف على الدور الرقابي والمساعد للقضاء في التحكيم والأسس القانونية التي يرتكز عليها وفق ما جاء في قانون التحكيم النافذ لعام ٢٠٠٥م.

منهج الدراسة :

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي وذلك بالرجوع إلى المصادر القانونية في هذا الشأن بتجميع المادة المطلوبة من مصادرها الأصلية وشرحها وبيانها بالتحليل والمقارنة مع القوانين السائدة والمطبقة.

صور الرقابة والمساعدة القضائية :

تتم الرقابة على أعمال المحكمين من خلال الطعن فيها أو عند طلب تنفيذها. أما المساعدة فتكون أثناء سير العملية التحكيمية وفي مراحلها الإجرائية المختلفة قبل صدور قرار الهيئة.

المبحث الأول

الرقابة السابقة لصدور حكم المحكمين

تأخذ الرقابة السابقة أشكالاً متعددة يمارسها قضاء الدولة على أحكام المحكمين قبل صدورها. ومنها الأحكام الخاصة بنظر طلبات رد المحكمين التي نصت عليها المادة (١/١٧) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م. والتي يتم فيها تقديم طلب رد المحكم خطياً للمحكمة المختصة مبيناً فيه أسباب الرد التي تفصل فيها المحكمة بأسرع ما يمكن ويكون قرارها نهائياً. ويترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم خلال هذه الفترة لأن اختيار المحكمين بواسطة المتنازعين يثير كثيراً من الشكوك حول حيادهم واستقلالهم وذلك خشية إساءة فهم البعض للهدف السامي من التحكيم حيث يصعب على بعض المحكمين الفصل بين حياده واستقلاله عن الشخص الذي اختاره وبين مهمته كمحكم تم تعيينه للفصل في النزاع بدلاً عن القاضي المعين من قبل الدولة [1].

وحتى لا يتخذ رد المحكمة كوسيلة لتعطيل التحكيم فقد تم تقييده بضوابط هي:

١- إذا نشأت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته أو استقلاله.

٢- لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلاَّ لسبب يبينه بعد أن تم التعيين [2].

٣- إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم.

ومن أنواع الرقابة السابقة لحكم المحكمين الرقابة التي تمارسها المحكمة لشطب الدعوى التي ترفع إليها والتي يوجد بشأنها اتفاق تحكيم وتقيد هذه الرقابة

---

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج ـ التحكيم الداخلي والدولي (النظرية والتطبيق) ـ الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ـ شركة مطابع العملة السودان للعملة المحدودة ـ ص ٨٨.

[2] أ. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ـ بحق التحكيم وإجراءاته ـ الطبعة الأولى ٢٠١١م ـ شركة مطابع السودان للعملة ـ ص ١٥٢.

بتقديم دفع من المدعى عليه في الجلسة الأولى للإجراءات وذلك ما نصت عليه المادة "٩" من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م. ومن صور الرقابة السابقة ما نص عليه المشرع في المادة "٣٤/ب" من قانون التحكيم صدور أمر من المحكمة بانتهاء إجراءات التحكيم وفقاً للمادة "٣٢ (٢)" من قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥م. وإذا لم يصدر قرار الهيئة خلال مدة المشارطة أو بعد مضي ٦ أشهر من تاريخ التوقيع على المشارطة جاز للأطراف الاتفاق على التحديد وفي حالة الخلاف يجوز للمحكمة المختصة تحديدها بطلب من أحد الأطراف على أن يكون ذلك التحديد نهائياً [٣]. وإذا قامت الهيئة بالتمديد من تلقاء نفسها، يجب رفع الأمر للمحكمة لإنهاء إجراءات التحكيم والواقعة تنصب على الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع وليس لها كيان مستقل بذاتها لأنها ترتبط بالمسألة المفصول فيها سواء كانت إجرائية أو موضوعية ولا ترتبط بالمسائل المحالة للفصل فيها في موضوع النزاع ومن ثم لا تحسم النزاع في أصل الحق كله.

فعندما يبرم أطراف العلاقة التجارية شرط التحكيم قبل نشوء النزاع، أو مشارطة التحكيم بعد نشوئه، فإنهم يتفقون على إحالة النزاعات التي ستنشأ بينهم، والتي نشأت بالفعل، إلى الحل عن طريق التحكيم بإحدى صورتيه: التحكيم الحر (الخاص) أو التحكيم النظامي (المؤسسي).

فالتحكيم الخاص هو الذي يتم بعيداً عن مراكز التحكيم الدائمة حيث يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على إدارة وتنظيم التحكيم بأنفسهم، فيتفقون على تشكيل الهيئة وعلى كافة القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم، وعلى اختيار مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على الموضوع وعلى القيام بأنفسهم بتذليل كافة الصعوبات التي قد تعترض طريق التحكيم. أما التحكيم النظامي فهو الذي يتفق فيه الأطراف وهم بصدد إبرام اتفاق التحكيم على إحالة النزاعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم أمام أحد مراكز التحكيم الدائمة، ليتولى هذا المركز،

---

[٣] د. محمود سلامة ـ الموسوعة الشاملة في التحكيم والحكم ـ دار مصر للموسوعات القانونية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى ٢٠٠٧–ص ٢٨٩.

عن طريق أجهزته الإدارية وطبقاً للائحة التحكيم الخاصة به، تنظيم إدارة عملية التحكيم منذ تلقيه طلب التحكيم وحتى إصدار حكم التحكيم. وعلى أي حال تتوقف فاعلية التحكيم، سواءً كان تحكيماً عادياً أو مؤسسياً، على مدى وضوح ودقة القواعد التي تنظمه مما يؤدي إلى إتيان التحكيم ثماره من حيث الحكم وتنفيذه. أما لو كانت القواعد غامضة وغير دقيقة ولا منضبطة، فهذا يؤدي إلى عدم فاعلية التحكيم وعدم تحقيق أهدافه والغرض الذي نشأ من أجله. فالتحكيم في حاجة للقضاء بحسب أن المحكمين ليسوا من رجال السلطة العامة وهنالك من الإجراءات ما لا يملكون إلزام الخصوم بها فيكون التحكيم في حاجة إلى تدخل القضاء لتقديم المساعدة.

المساعدة القضائية :

التحكيم نظام خاص يرتكز في المقام الأول على إرادة واتفاق الخصوم وتعاونهم وحسن نواياهم. إذ إن تسهيل مهمة هيئة التحكيم وتمكينها من أداء عملها بالفصل في النزاع المطروح عليها في أقصر وقت وبأبسط الإجراءات، هو في الحقيقة الهدف الرئيس من اللجوء إلى التحكيم ويتوقف أساساً على عدم اختلاف الأطراف بشأن أي من الإجراءات الواجب اتخاذها من قبلهم وكذلك على تعاونهم مع هيئة التحكيم لتنفيذ قراراتها دون إبطاء ودون وضع العوائق والصعوبات أمام هذا التنفيذ إلا أن التحكيم كالقضاء يقوم على تعارض المصالح بين الخصوم. ومن ثمَّ فإن اتفاق هؤلاء وتعاونهم مع الهيئة، أو فيما بينهم قد يبدو إجراءً صعب المنال في كثير من الأحيان وحيال عدم تمتع هيئة التحكيم بسلطة الإجبار التي يتمتع بها القاضي فإنه لا سبيل له قبل الخصوم لالزامهم بالقيام بإجراء معين، أو تنفيذ أحد قراراته سوى اللجوء إلى القضاء لتقديم المساعدة إلى التحكيم لإجبار الخصوم على إتمام الإجراء المطلوب والانصياع لقرارات هيئة التحكيم.

وفي بعض الأحيان قد يستلزم الأمر تدخل القضاء في مرحلة مبكرة في عملية التحكيم، وهي مرحلة تشكيل هيئة التحكيم. فقد ينشب النزاع بين الخصوم حول تعيين المحكمين؛ أو قيامهم بهذا التعيين على نحو مخالف للقانون وقد يمتد هذا

التدخل فيما بعد اتمام تشكيل هيئة التحكيم وقبل انعقادها أو أثناء سير الدعوى أمامها. مثل اتخاذ إجراءات مؤقتة، أو تدابير احترازية ووقائية والمساهمة في توفير عناصر الإثبات في الدعوى. وهناك وجه آخر لتدخل القضاء لمساعدة هيئة التحكيم يحدث بعد صدور الحكم، ويتمثل في الاحتفاظ بهذا الحكم لدى المحكمة المختصة.

المبحث الثاني

دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

تشكيل هيئة التحكيم عادة يتم بإرادة الطرفين كما نصت على ذلك المادة "١٢" من قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥م، فتعيين المحكمين كما هو واضح من نص المادة "١٢" متروك لحرية المتنازعين ووفقاً لطبيعة النزاع والظروف المحيطة به وإن طريقة التعيين قد تكون منصوصاً عليها في العقد أو في المشارطة. وفي هذا الصدد هنالك طريقتان لاختيار المحكمين وفقاً لنوعية التحكيم الذي اختاره الطرفان تحكيم حر أو نظامي وفقاً لما إذا كان التحكيم وطني أو دولي [٤].

فإذا كان التحكيم حراً ولم يقم أحد الطرفين بتعيين محكمه، أو فشل في اختيار المحكم المرجح (رئيس الهيئة)، فيكون اللجوء إلى المحكمة المختصة لتعيين المحكم بناءً على طلب أحد الأطراف المادة "٢/١/١٤" من قانون التحكيم للعام ٢٠٠٥م[٥]، ويكون الطلب في حضور الطرف الآخر أو في غيابه بعد اعلانه للحضور في جلسة خاصة تعقد لهذا الغرض، ويكون قرار المحكمة بالتعيين نهائياً غير قابل للطعن. أما إذا كان اتفاق الخصمين على التحكيم عن طريق مؤسسة تحكيمية دائمة فإنه عند ظهور مشكلات كما في التحكيم الحر. ذلك لأن هذه المؤسسات لديها

---

[٤] أ. عادل خضر الزين ـ التحكيم التجاري الدولي في ضوء الفقه وقرارات التحكيم الدولية مع بيان موقف القانون السوداني دراسة تحليلية مقارنة ـ الطبعة الأولى ـ بدون تاريخ ـ ص ٧٨ ـ ٧٩.

[٥] أ. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ـ عقد التحكيم وإجراءاته ـ مرجع سابق ـ ص ١٦٩.

لوائح وقواعد تنظيم سير إجراءات التحكيم وكيفية تعيين المحكمين، إذا لم يتم تعيينهم بواسطة المتنازعين[٦].

أما في التحكيم الدولي فإنه تثور عدة موضوعات خاصة بتنازع الاختصاص. إذ من الصعوبة موافقة الأطراف على أي دور للقضاء الوطني في تعيين المحكمين في حالة فشل تعيينهم بواسطة الخصمين. ومثل ما عملت التشريعات الوطنية في إيجاد علاج لمسألة تعذر تعيين المحكمين في التحكيم على النطاق الداخلي فقد تمَّ وضع حل لهذه المعضلة ألقت على صعيد أنظمة الهيئات الدائمة للتحكيم والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم. فقد جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من اليونسترال عام ١٩٨٥م، على أن التعيين يتم بواسطة المحكمة التحكيمية في لاهاي، كذلك اتفاقية جنيف الأوربية لعام ١٩٦١م تحيل سلطة التعيين إلى رئيس غرفة تجارة البلد الذي فيه محل الإقامة المعتاد، أو مركز المدعى عليه عند تقديم طلب التحكيم[٧].

فيجب على المحكمة أن تراعي الشروط الشكلية والموضوعية في المحكمين أو المحكم فيجب ألا يكون قاصراً أو مجنوناً أو محروماً من مباشرة حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره.

إذاً ما هي الأسباب التي تدفع القضاء للتدخل في تشكيل هيئة التحكيم؟

وقبل الخوض في هذه الأسباب يجب أن نفرق بين فرضين لتحديد أُطر ومدى مضمون هذا التدخل فالأول يتعلق بحالة غياب تشكيل هيئة التحكيم، أو نقص هذا التشكيل والفرض الثاني يتعلق بحالة تشكيل الهيئة بمخالفة للقانون.

ففي الفرض الثاني لا يوجد ثمة خلاف حول حق القضاء في التدخل لتشكيل الهيئة، أو سد النقص في هذا التشكيل حيث إن هذا الحق مقرر صراحةً بنصوص قانون التحكيم.

---

[٦] أ. عادل خضر الزين ـ التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق ص ١٢٧.

[٧] د. محمود سلامة ـ الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم ـ ص ١٨٧.

واختصاص القضاء في هذا الفرض أمر تمليه عليه الاعتبارات العملية ويتفق مع المنطق فلا مجال لإثارة تنازع الاختصاص بين القضاء والتحكيم إذ لا يوجد هيئة تحكيم يمكن أن يعطي لها اختصاص وللفصل في مسألة ما.

أما في الفرض الثاني حيث يتم تشكيل هيئة التحكيم ولكن على خلاف القانون يكون عدد أعضائها زوجياً، أو تم تعيين محكم تتوفر فيه الشروط المطلوبة فيثور التساؤل حول تحديد الجهة المختصة بتصحيح هذا الوضع هل يحق للقضاء التدخل أيضاً في هذا الفرض أم أن الاختصاص ينعقد لهيئة التحكيم بإعتبار أنها قائمة وموجودة؟

السبب الأول: إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين،أو على الطريقة التي يتم بها هذا الاختيار، أو على وقت تمامه فإن القضاء يقوم بهذا الاختيار بناءً على طلب أمر الطرفين فيما يتعلق بهذا الاختيار أيضاً لا بد أن نفرق بين حالتين:

١. إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد.
٢. هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين أو أكثر.

الحالة الأول :

في حالة تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد. فلطرفي النزاع اختيار المحكم على الكيفية التي تمَّ الاتفاق عليها. فإذا كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد ولم يتفق طرفا التحكيم عليه تولت ذلك المحكمة بناءاً على طلب أحد الطرفين فعلى القاضي الذي يقوم باختيار المحكم أن يراعى الشروط الآتية:

١. يجب أن يتفق طرفا التحكيم على أن تشكيل الهيئة من محكم واحد.
٢. يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم الواحد، أو على طريقة تعيينه أو يضعا شروطاً وضوابط معينة يؤدي توافرها إلى أحقية شخص معين بذاته في تولي مهمة التحكيم.
٣. يجب التقدم بطلب من أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة لتعيين المحكم فلا تستطيع المحكمة القيام بهذا التعيين من تلقاء نفسها. وذلك إعمالاً لمبدأ

سلطان الإرادة الذي يسود مجال التحكيم بصفة عامة وقانون التحكيم بصفة خاصة.[8]

الحالة الثانية:

تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة أو أكثر:

إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي التحكيم على تشكيل الهيئة يجب اتباع الآتي:

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثمَّ يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال المدة الزمنية المحددة لتسلمه طلب التحكيم من الطرف الآخر وإذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث تولت المحكمة المختصة تعيين المحكم الثالث بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم.

ثانياً: التدخل لوجود خلاف:

يتدخل القضاء أيضاً ليساعد التحكيم على تشكيل الهيئة إذ ثار خلاف حول اختيار المحكمين، وذلك.

١. في حالة إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها.
٢. أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه.
٣. وكذلك إذا تخلف بأداء ما عهد به إليه.

أولاً:

تدخل القضاء في حالة مخالفة أحد الطرفين لإجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو اختلافهما على هذه الإجراءات.

قد يتفق الطرفان على إجراءات معينة يجب اتباعها في اختيار المحكمين مثل تحديد مدة معينة يجب اختيار المحكم خلالها أو اشتراط أن يكون المحكم من جنس معين أو جنسية معينة أو الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو غير ذلك من الإجراءات والشروط التي يستطيع الأطراف الاتفاق عليها وهي كثيرة لا تقع

---

[8] د. عبد المجيد الأحدب التحكيم أحكامه ومصادره الجزء الأول – مؤسسة نوفل بيروت لبنان – بدون تاريخ – ص٤٣.

تحت حصر، فالقضاء في هذه الحالة يتدخل ليساعد التحكيم في كل هذه المسائل المختلف حولها [٩].

ثانياً:

تدخل القضاء في حالة اختلاف المحكمين المعينين على أمر يلزم اتفاقهما عليه فالأمر الذي يؤدي إلى عدم الاتفاق عليه يتعلق بعدم اتفاقهما على إجراءات تعيين المحكم الثالث أو عدم الاتفاق على شخص من الغير للقيام بهذا التعيين أو عدم الاتفاق على جنس المحكم الثالث. كل ذلك بطبيعة الحال يستلزم أن يكون عقد التحكيم المبرم بين كل من المحكمين ومن اختاره يلزمهما بالقيام بهذا الأمر.

ثالثاً:

تدخل القضاء في حالة تخلف الغير عن القيام بما عهد به إليه في شأن اختيار المحكمين قد يعهد الطرفان أو أحدهما إلى شخص من الغير بمهمة تعيين المحكمين، وقد يكون هذا الغير شخصاً عادياً أو منظمة أو مركزاً، وقد يحدث ألا يقوم الغير المعين من قبل الأطراف باختيار المحكمين وتدخل المحكمة المختصة لإكمال هذا الإجراء، وجدير بالملاحظة أن تدخل القضاء في أحد الفروض الثلاثة السابقة مرهون بعدم اتفاق الأطراف على كيفية أخرى لإتمام الإجراءات أو العمل الذي اختلف عليه الأطراف أو المحكمين أو تخلف الغير عن القيام به ويحدث ذلك غالباً إذا لم يلجأ الأطراف إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة، فإذا ما اتفق الطرفان على مركز معين ففي هذه الحالة يمتنع على القضاء أن يتدخل. وهنا يثور تساؤل ماهي القواعد التي تحكم تدخل القضاء في مجال تشكيل هيئة التحكيم [١٠].

---

[٩] د. حمزة حداد أحمد حداد – التحكيم في القوانين العربية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٧م – ٢١٨.

[١٠] د. احمد أبو الوفاء – التحكيم الاختياري الإجباري – الطبعة الخامسة – منشأة دار المعارف الاسكندرية ٢٠٠١ – ص ٢١٨.

أولاً:

احترام شروط القانون واتفاق الأطراف، حيث يجب على القضاء مراعاة الشكلية والموضوعية التي تراعى في اختيار المحكم، وكذلك يجب أن يقبل المحكم القيام بالمهمة كتابة وعليه أن يفصح عند قبوله التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله، أو حيدته وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في اختيار المحكم الذي تعينه فلها أن تعين أي شخص تتوافر فيه هذه الشروط ويكون لديه الخبرات والمؤهلات الملائمة لموضوع التحكيم [١١].

ثانياً:

صدور قرار المحكمة على وجه السرعة. وهذا يتماشى في الواقع مع الهدف من اللجوء إلى التحكيم من حيث ابتغاء السرعة في الفصل في النزاع.

ثالثاً:

عدم قابلية قرار المحكمة بتعيين المحكم للطعن.

رابعاً:

تدخل المحكمة بناء على دعوى.

خامساً:

المساهمة في توفير أدلة الإثبات.

لقد اهتم القانون بتنظيم إجراءات المرافعة وكفالة حق الدفاع ومبدأ المواجهة في مجال التحكيم ومن الموضوعات التي أولاها المشرع اهتماماً خاصاً مسائل الإثبات في الدعوى التحكيمية، فأعطى لهيئة التحكيم مجموعة من الصلاحيات تمكنها من الحصول على أدلة الإثبات في موضوع النزاع المطروح عليها. وقرر أحكام من شأنها إعطاء أكبر قدر من الفعالية لتلك الصلاحيات في مواجهة من لهم علاقة بالنزاع، خصوصاً في مواجهة أطرافها، ولكن أياً كانت تلك الصلاحيات وفعاليتها فإن عدم

---

[١١] د. إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية ٢٠٠٠ م ص ٢١.

تمتع هيئة التحكيم بسلطة الإلزام يجعلها دائماً في حاجة لمعاونة القضاء في مجال الحصول على أدلة الإثبات في الدعوى، وقد نص المشرع صراحة على تلك المعاونة فيما يتعلق بشهادة الشهود حيث أجاز القانون لهيئة التحكيم أن تستمع إلى الشهود في الدعوى إلا أن عدم تمتع تلك الهيئة بسلطة الإلزام لا يمكنها من الحصول على الدليل إذا امتنع الشاهد عن الحضور، أو حضر وامتنع عن الاجابة على الأسئلة التي توجه إليه ولا يكون أمام هيئة التحكيم في هذه الحالة سوى اللجوء إلى القضاء ليلزم الشهود بالحضور والإجابة فإذا لم يمتثل توقع المحكمة المختصة عليه العقوبة التي تراها كذلك يتدخل القضاء لتعيين الخبراء بناء على طلب هيئة التحكيم [١٢].

سادساً: التدخل في مجال التدابير المؤقتة والتحفظية:

قد تتطلب طبيعة وظروف النزاع المطروح على التحكيم اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية وقد تظهر الحاجة إلى اتخاذ هذه الإجراءات قبل انعقاد هيئة التحكيم، أو بعد انعقادها وأثناء سير الخصومة والتدابير المؤقتة والتحفظية عديدة لا تقع تحت حصر فمنها على سبيل المثال تعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء، سماع شهادة شاهد مشرف على الموت أو السفر، أو بإيداع بضائع متنازع عليها في أحد المخازن العامة أو تحت يد أمينة.

التحفظ على دفاتر ومستندات في حيازة أحد الطرفين تمهيداً لتسليمها إلى أحد الخبراء لفحصها. الأمر ببيع الجزء المعرض للتلف من البضاعة محل النزاع وإجراء معاينة لإثبات حالة التعيين موضوع النزاع وبيان الأضرار التي لحقت بها والتي يخشى إزالة معالمها مع مرور الوقت... إلخ.

للقضاء دور في مجال التدابير المؤقتة أو التحفظية على الأمر بتنفيذ التدابير التي أمرت بها هيئة التحكيم أو أن يقوم بالتدابير بناء على طلب أحد طرفي التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها [١٣].

---

[١٢] د. محمود سلامة – مرجع سابق ص ٢٨١.

[١٣] د. أسامة أحمد شوقي المليجي – هيئة التحكيم الاختياري – دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٤م – ص ١٣.

سابعاً:

من القواعد المهمة في التحكيم مسألة أتعاب هيئة التحكيم أو المصروفات الخاصة بأعمال التحكيم حيث نصت المادة "١٩" من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م على أن أتعاب هيئة التحكيم وكيفية سدادها تحدد في اتفاق التحكيم ويتم سدادها مناصفة بواسطة طرفي النزاع، ويعتبر اتفاق التحكيم الذي يتضمن أتعاب هيئة التحكيم ملزماً لأطراف التحكيم، وعادة ما يتم الإخلال بهذا الالتزام من قبل أحد الأطراف في مرحلة تنشأ بعد إجراءات التحكيم والسير فيها إذ تدفع الأتعاب على دفعات حسب الاتفاق ويتوقف أحد الأطراف عن الوفاء بالتزاماته وينشأ نزاع حول تنفيذ اتفاق التحكيم في القاعدة الخاصة بسداد أتعاب هيئة التحكيم وهذا يتطلب مساعدة المحكمة بإصدار أمر نهائي وفاصل بأتعاب هيئة التحكيم أثناء سير إجراءات التحكيم حتى لا تكون هيئة التحكيم طرفاً في خصومة مستقبلية مع الطرف العاجز عن الوفاء بالتزاماته التحكيمية،وقد نصت النظم القانونية المختلفة على إلزامية اتفاق التحكيم وأجازت تدخل القضاء في أي مرحلة سابقة لصدور الحكم التحكيمي بالفصل في المسائل المتعلقة بأتعاب ومصروفات التحكيم قبل صدور الحكم ويعتبر الفشل في دفع الرسوم سبباً لوقف الدعوى التحكيمية لحين استيفاء حقوق المحكمين كاملة من الأطراف منعاً للمطل وسوء استغلال الإجراءات وقد كفل القانون المقارن في تشريعات التحكيم للشخص الذي يطلب صدور حكم التحكيم أن يقوم بالوفاء بكافة أتعاب هيئة التحكيم ومصروفاته، وأن يقوم بإدراجها ضمن طلباته وتحكم بها هيئة التحكيم في حكمها وفق ما تراه.

من وسائل المساعدة القضائية في العملية التحكيمية طلب هيئة التحكيم تعيين محكم بديل إذا انتهت مهمة أحد المحكمين أو تنحى أو بأي حالة من حالات إنهاء الولاية وفشل الطرف الذي قام باختيار المحكم الذي انتهت وفق المادة "١٨" من قانون التحكيم السوداني، وذلك بقصد تعطيل الإجراءات أو الإضرار بالطرف الآخر، فإن

المحكمة تتدخل لتقديم المساعدة في تعيين محكم بديل وفق الشروط التي تمَّ بموجبها تعيين المحكم الذي انتهت مدته[١٤].

المبحث الثالث

الرقابة اللاحقة على صدور حكم المحكمين

بعد صدور حكم المحكمين الفاصل في موضوع النزاع المتفق على التحكيم بشأنه تجيز مختلف القوانين لصاحب المصلحة التظلم من هذا الحكم إذا وجد سبباً لذلك، والتظلم أياً كان الشكل الذي يتم فيه يرفع إلى قضاء الدولة الذي يمارس سلطات الرقابة التي يختلف مضمونها من قانون إلى آخر على هذا الحكم المطروح عليه نتيجة تظلم وتتفاوت في ذلك بين موسعة ومضيقة للطرق المحددة للطعن في حكم المحكم[١٥].

في القانون السوداني لا يجوز قبول الطعن في قرار التحكيم الذي يعتبر ملزماً وينفذ تلقائياً بواسطة المحكمة إلا أنه استثنى طريقاً واحداً للطعن وهو طريق دعوى البطلان وذلك في المادة "٤١" من قانون التحكيم السوداني. أما قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م، فإنه قد جعل حكم المحكم غير قابل لأي طريق من طرق الطعن فيه إلا عن طريق دفع الدعوى البطلان. وتوجد بعض التشريعات التي تقبل الطعن بالاستئناف في القرار التحكيمي مثل القانون اللبناني الذي يسمح باستئناف حكم المحكم الوطني دون الدولي الذي لا يقبل الطعن بالإبطال وفقاً للمادتين "٨١٩" و"٨٢١" من قانون أصول المحاكمات اللبناني، وتمتد سلطة محكمة الطعن في القانون اللبناني إلى الفصل إذا ألغت أو أبطلت الحكم المطعون فيه، أما القانون السوداني فإن إبطال الحكم في دعوى البطلان يترتب عليه عرض النزاع على المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الأطراف وفق المادة "٤٣" من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م، وهذا خلاف ما جاء في القانون اللبناني.

---

(١٤) د. محمد رسلان التحكيم الوطني – دار الجيل بيروت بدون تاريخ ص ٦٥.

(١٥) د. عاطف محمد الفقي – التحكيم التجاري الدولي – الجزء الثاني – دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٩م ص ٢٢٦.

ويوجد نوع آخر من الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم وهو عند رقابة تنفيذ حكم التحكيم التي تتم ممارستها بمناسبة إصدار الأمر لتنفيذ الحكم بدعوى تنفيذ أمام المحكمة المختصة، وتنحصر الرقابة القضائية اللاحقة في الآتي:

١. رقابة حكم التحكيم بدعوى البطلان.
٢. رقابة حكم التحكيم عند التنفيذ.

رقابة حكم التحكيم بدعوى البطلان :

تمثل دعوى البطلان السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة التحكيم للاستيثاق من صحته، أو على العكس هدمه. وهذه الدعوى ليست طريقة من طرق الطعن في الأحكام وإنما هي دعوى خاصة بنظام التحكيم، هدفها الفصل في الحكم دون أن تمتد إلى أبعد من ذلك بمعنى أن القضاء المختص بنظرها لا يملك سوى أن يقرر صحة الحكم أو يقضي ببطلانه دون أن يتجاوز ذلك، وتتراجع بشأنها الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية التي نصت عليها بعض القوانين الإجرائية ومنها القانون السوداني الذي كان ينص على حق المحكمة في تعديل حكم التحكيم بعد صدوره وقد تم إلغاء هذا القانون وأصبحت دعوى البطلان القصد منها التأكد من سلامة الحكم وخلوه من الأسباب التي توجب إبطاله.

لقد درج مشرعو كافة الدول التي تنهج سبيل دعوى البطلان على تحديد حالات حصرية لا يجوز بغير مقتضاها رفع هذه الدعوى [١٦].

من الشروط العامة لقبول دعوى البطلان أن صاحب الحق في ممارستها هو الشخص المحكوم ضده في القانون السوداني في المادة (١/٤١) وهذا الشرط يحصر حق رفع دعوى البطلان في المحكوم ضده في حالة توفر مصلحة حقيقية لرفع الدعوى، ومن ثم لا توجد إمكانية لممارسة هذا الحق للغير ويعتبر المحكوم له من الغير بموجب هذا النص. ويكون السؤال عن مدى إمكانية ممارسة الحق في رفع دعوى البطلان من الشخص

[١٦] د. أحمد السيد الصاوي – التحكيم طبقاً لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م – دار النهضة العربية – القاهرة الطبعة الثانية ٢٠٠٤م ص ١٢٠.

المحكوم له جزئياً في حكم التحكيم والتي لم ينص القانون السوداني عليها، وهذه المسألة الآن موضوع نظر أمام القضاء السوداني في من له حق رفع دعوى البطلان [١٧].

ومن شروط دعوى البطلان أن ترفع أمام المحكمة المختصة والتي عرفها قانون التحكيم بأنها: المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا لم يعرض على هيئة التحكيم. وقد نص القانون على أن القرار الصادر من المحكمة المختصة يكون نهائياً وبذلك يكون القانون السوداني قد أعطى المحكمة المختصة سلطة لا تخضع للطعن أو الاستئناف وإن خالف حكمها القانون وتجاوزت اختصاصها الحصري في دعوى البطلان مثل أن تكون قد قامت بتعديل الحكم أو تصحيحه، الأمر الذي لا يتصور وقوعه من محكمة. وفي حالة صدور مثل هذا الحكم بمخالفة الاختصاص المنصوص عليه في دعوى البطلان حصرياً فإن القانون لا يقبل دعوى البطلان في أحكام المحكمة بالرغم من مخالفتها الصريحة للقانون وهذا أمر لم يوفق المشرع في نظر القواعد المرنة التي تتبع في دعوى البطلان.

ومن شروط دعوى البطلان التي تحقق فاعلية الرقابة القضائية رقابة المحكمة على اتفاق التحكيم ومدى صحته وما تم الفصل فيه من دفع خاص بعدم الاختصاص من قبل هيئة التحكيم، الأمر الذي يتعلق بصدور حكم تحكيم يستند إلى اتفاق باطل يفسد الحكم.

ومن الجوانب الأخرى المتعلقة بفاعلية الرقابة على حكم التحكيم بدعوى البطلان تأكد القضاء من الجوانب الإجرائية وأسس التقاضي المتعلقة بخصومة التحكيم من التزام بالقواعد الإجرائية وكفالة حقوق الدفاع وشرط الحياد والاستقلال وعدم مراعاة القواعد الأساسية في إصدار حكم التحكيم بالإضافة إلى فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم ومخالفة الحكم للنظام العام.

إن الرقابة على حكم التحكيم بدعوى البطلان تعتبر أداة تحض المحكم على تحري الدقة في أداء مهمته بالإضافة إلى كونها وسيلة لإبطال الحكم ومنع تنفيذه

---

[١٧] د. سيد أحمد محمود – دعوى بطلان حكم التحكيم – دار نصر للطباعة القاهرة – الطبعة الأولى ٢٠٠٦م ص ٢٤.

لانطوائه على الخطأ أو السهو، من غير المتصور التسليم أو الاعتراف بحكم مشهور بالخطأ أو ظاهر عدم عدالته بالنسبة لموضوع النزاع الذي فصل فيه [١٨].

رقابة حكم التحكيم عند التنفيذ:

تتم ممارسة الرقابة القضائية على حكم التحكيم عند تقديم طلب لتنفيذه أمام القضاء وقد نص قانون التحكيم السوداني في المادة "٤٥" على قواعد أساسية تقوم المحكمة بتطبيقها عند تقديم طلب تنفيذ الحكم، وهي أن يرفق صورة من قرار التحكيم تقوم المحكمة بالتأكد من صحة البيانات الواردة فيه ومطابقتها بالقانون كما تتأكد من انتهاء ميعاد رفع دعوى البطلان المقررة بأسبوعين من تاريخ النطق بالحكم وإعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً مثل أن يكون حضورياً أو تمَّ إعلانه عن طريق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ويرفق مستند بذلك والواضح أن الرقابة التنفيذية وفق هذه المادة لن تتعدى الرقابة على حكم التحكيم ومدى مخالفته للنظام العام أو أي أسباب بطلان أخرى مثل ما أعطيت للمحكمة عند رقابة حكم التحكيم بدعوى البطلان، ولا يحق لمحكمة التنفيذ أن تتدخل من تلقاء نفسها وتصبح محكمة بطلان تنظر في صحة الحكم وبطلانه، أما المادة "٤٦" من قانون التحكيم السوداني فقد تم تخصيصها لتنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية الواضح من هذا النص مخالفة المشرع لتعريف هيئة التحكيم في المادة "٤" منه بأنها يقصد بها: أي هيئة مشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال للتحكيم. ومن هذا التعريف فإن المقصود بهيئة التحكيم هم الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون عملية الفصل في النزاع، وما يخضع لرقابة المحكمة الوطنية هو حكم التحكيم الأجنبي الذي تنظم قواعده اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تكتسب جنسية الحكم فيها بموجب مقر صدور حكم التحكيم وليس بجنسية المحكمين الذين يفصلون في النزاع، ومن ثم فإن

---

[١٨] د. محمود سلامة – الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم – مرجع سابق ص ٤٠٠.

تعريف الرقابة على حكم هيئة التحكيم الأجنبية يعتبر تعريفاً يحتاج إلى تمييز بين الحكم الأجنبي والمحكم الأجنبي باعتباره هيئة تحكيم.

وقد أعطى المشرع السوداني المحكمة سلطة الرقابة على عدم مخالفة الحكم للنظام العام أو الآداب في السودان وعدم التعارض مع حكم أو أمر سابق صدوره من المحاكم السودانية وهذان الشرطان يصلح استخدامهما في الأحكام الداخلية أيضاً المنصوص عليها في المادة "٤٥" من قانون التحكيم السوداني، لأن مراقبة المحكمة لحكم التحكيم عند التنفيذ تعطي المحكمة الحق في عدم قبول تنفيذ حكم التحكيم إذا وجدت أنه يخالف النظام العام في السودان وذلك إعمالاً للنص الذي يعطي المحكمة الحق في أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها وفق المادة "٤١" الفقرة ٣ من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م.

الخاتمة : النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج :

١- التحكيم وإن كان أمراً مرغوباً فيه على المستوى الداخلي والدولي إلا أنه يجب أن تكون حرية الأطراف في اللجوء إليه مطلقة وإنما تتقيد بالمجال الذي يتركه القانون لسلطان الإرادة منعاً للتنطط.

٢- التحكيم بذاته لا يستغنى عن قضاء الدولة وإنما يبقى للقضاء دوره المساعد في كافة مراحل التحكيم.

ثانياً: التوصيات :

١- تدخل المشرع السوداني في التحكيم وتنظيم قواعده بصفة عامة على نحو يتلاءم مع طبيعة المنازعات.

٢- إعداد قانون حديث متكامل للتحكيم يواكب ما جرى في العالم من تطوير هائل للتشريعات التي تنظم التحكيم.

٣- إحكام الرقابة على تشكيل هيئات التحكيم ومراقبة أدائها.

٧/ الحوكمة ودور المنظمات العالمية والعربية في تطبيقها على الجهاز المصرفي

إعداد/ رشاد خضير وحيد الداني

مصرف الرافدين ـ بغداد

مقدمة :

جاءت الشرائع السماوية كلها لضبط حركة الكون بين جميع المخلوقات من إنس وجن وملائكة وحيوان ونبات وجماد... إلخ.

وجاءت القوانين الوضعية لضبط التعاملات بين البشر (بني الإنسان) حفاظاً على أرواحهم وممتلكاتهم وأعراضهم إلخ...منعاً لأي تغول.

وجاءت الحوكمة بصفة عامة لوضع القواعد التي تضبط سلوك الحكام مع المحكومين وكذلك ضبط إيقاع المحكومين مع بعضهم البعض، وإذا ما نظرنا إلى حوكمة الشركات على وجه التحديد نجدها جاءت لضبط حركة الشركات فيما بين بعضها البعض وفيما بين الأعضاء المنتسبين لها وجميع أصحاب المصالح معها. فهي مجموعة قواعد ومبادئ تعمل على ضبط إيقاع التعاملات.

وإذا ما ركزنا حديثنا على مبدأين أو قاعدتين فقط وهما في نظري من أهم القواعد والمبادئ ويعتبرهما البعض المبدأين المتلازمين حيث لا فكاك لأحدهما عن الأخر وهما الشفافية والمساءلة حيث يعتبرا المقوم الأساسي للحكم الصالح الذي يشكل شرطاً مسبقاً من شروط تحقيق التنمية البشرية والتي تمثل بدورها الهدف النهائي لجميع برامج الأمم المتحدة وأنشطتها.

الشفافية والمساءلة مفهومان مترابطان يعزز كل منهما الآخر. ففي غياب الشفافية لا يمكن وجود المساءلة، وما لم يكن هناك مساءلة فلن يكون للشفافية أية قيمة. ويسهم وجود هاتين الحالتين معاً في قيام إدارة فعالة وكفؤة ومنصفة على صعيد المؤسسات العامة والخاصة، بالإضافة إلى أن الشفافية تمثل مع الإفصاح وجهي عملة

واحدة ولما لاحظه وشاهده كاتب هذه الورقة من غياب المساءلة بالذات في سلوك المؤسسات حتى لو تحققت بعض من الشفافية والإفصاح وهي جلاء الحقيقة في سلوك الكثير من المؤسسات المالية مما دعا للتركيز عليها.

الشفافية ظاهرة تشير إلى تقاسم المعلومات والتصرف فيها بطريقة مكشوفة. فهي تتيح لمن لهم مصلحة في شأن ما أن يجمعوا معلومات حول هذا الشأن فقد يكون لها دور حاسم في الكشف عن المساوئ وفي حماية مصالحهم. وتمتلك الأنظمة ذات الشفافية إجراءات واضحة لكيفية صنع القرار على الصعيد العام، كما تمتلك قنوات الاتصال المفتوحة بين أصحاب المصلحة والمسئولين، فتضع سلسلة واسعة من المعلومات في متناول الجمهور.

تقوم الشفافية على التدفق الحر للمعلومات كما أن الإفصاح من جانبه يؤكد على صحة هذه المعلومات وهي تتيح للمعنيين بمصالح ما أن يطلعوا مباشرة على العمليات والمؤسسات والمعلومات المرتبطة بهذه المصالح، وتوفر لهم معلومات كافية تساعدهم على فهمها ومراقبتها. ومما تزيد سهولة الوصول إلى المعلومات وجود درجة عالية من الشفافية. ولكي تكون المؤسسات المستجيبة لحاجات الناس ولمشاغلهم منصفة، عليها أن تكون شفافة وأن تعمل وفقاً لسيادة القانون. فإصلاح مؤسسات الدولة وجعلها أكثر كفاءة ومساءلة وشفافية ركن أساسي من أركان الحكم الصالح. وتعتمد شفافية الجهاز البيروقراطي اعتماداً كبيراً على توفر المعلومات وصحتها. ويتطلب النقاش النشط حول قضايا السياسات العامة، وهو نقاش من صلب الإدارة العامة الصالحة،أن توفر الحكومات البيانات المتعلقة بالحسابات القومية وميزان المدفوعات والعمالة، وتكلفة المعيشة. وترتبط نوعية عملية صنع القرار والمخاطر والتكاليف المترتبة عليها بطبيعة المعلومات التي يتم تزويدها لصناع القرار. فمن الواضح أن الحكومة هي المصدر الرئيسي للمعلومات والمستخدم الرئيسي لها في آن واحد. فسياسات الحكومات عرضة للتأثر بالمعلومات المتعلقة بالاقتصاد وبأوضاع السوق والذي يعد العنصر الأساسي لقدرة القطاع الخاص على إجراء حسابات صحيحة.

الشفافية عنصر رئيسي من عناصر المساءلة البيروقراطية ويترتب عليه جعل جميع الحسابات العامة وتقارير مدققي الحسابات متاحة للفحص العمومي الدقيق. فالشفافية تقي من الأخطاء الحكومية، ومن ارتكاب الأخطاء في تقدير الموارد، ومن الفساد. وقد تمّ توجيه جهود المساهمين الخارجيين في عملية تعزيز الشفافية نحو مساعدة الحكومات على جعل الموازنات وبرامج الإنفاق العام أكثر شفافية. مما يشكل حماية للبيئة وجميع أشكال الإدارة المالية والمجالات الأخرى التي يكون فيها للشفافية دور حاسم على صعيد الفعالية وعلى صعيد احتواء الفساد. فالإدارة أو الوكالة المالية بوجه خاص تتيح فرصة كبيرة لارتكاب المخالفات من جانب الموظفين والإخلال بالأمانة في العمل. وتستطيع وسائل الإعلام إحداث قدر كبير من التأثير في هذا الميدان.

المساءلة: يعرّف برنامج الأمم المتحدة الإنمائي المساءلة على أنها الطلب من المسئولين تقديم التوضيحات اللازمة لأصحاب المصلحة حول كيفية استخدام صلاحياتهم وتصريف واجباتهم، والأخذ بالانتقادات التي توجه لهم وتلبية المتطلبات المطلوبة منهم وقبول (بعض) المسئولية عن الفشل وعدم الكفاءة أو عن الخداع والغش ويمكن لآليات وضع المسئولين موضع المساءلة أن تكون فيما بين المؤسسات الحكومية المختلفة، أو داخل المؤسسات بين المشرفين والمرؤوسين؛ أو أن تتعدى المؤسسات، مثلا عندما يتوجب على أي مؤسسة وموظفيها الإجابة مباشرة على أسئلة الزبائن أو كل من لهم مصلحة في المؤسسة. ويمكن لآليات المساءلة أن تتناول قضايا تبحث في من هم الذين يحتلون مواقع المسئولية في المؤسسات وفي طبيعة القرارات التي يتخذونها. تتطلب المساءلة وجود حرية معلومات وأصحاب المصلحة قادرين على تنظيم أنفسهم في ظل سيادة القانون.

تشكل المساءلة البيروقراطية، من حيث علاقتها بإدارة الأموال العامة، معيارًا آخرًا من معايير الإدارة العامة السليمة. وتتطلب المساءلة وجود نظام لمراقبة وضبط أداء المسئولين الحكوميين والمؤسسات الحكومية، من حيث النوعية وعدم الكفاءة أو العجز وإساءة استعمال الموارد. ومن الضروري أيضاً وجود نظم صارمة للإدارة والوكالة

المالية، وللمحاسبة والتدقيق، ولجباية الإيرادات (الرسوم المختلفة) جنباً إلى جنب مع عقوبات تطبّق بحق مرتكبي المخالفات المالية والإدارية.

تجري معظم حكومات الدول النامية إصلاحات جارفة لأجهزتها البيروقراطية من أجل إحراز شكل أكثر كفاءة وأكثر إنصافاً من أشكال الإدارة، فإصلاح مؤسسات الدولة لكي تصبح أكثر كفاءة ومساءلة وشفافية هو ركن من أركان الحكم الصالح. ويتطلب الإصلاح الفعّال التزاماً سياسياً يجب أن يحظى بمساندة القطاع الخاص والمجتمع المدني. وقد امتدت تجربة برنامج الأمم المتحدة الإنمائي في مجال المعرفة الفنّية لإصلاح الإدارة العامة ولإدارة عملية التنمية من العمل الريادي في مجال تقييم التعاون الفنّي على الصعيد الوطني وبرامجه إلى دعم جهود الإصلاحات الشاملة لسلك الخدمة المدنية. وأطلق حوار حول السياسات المتبعة للجمع ما بين أصحاب المصلحة والمستفيدين، وأدخلت الإصلاحات بطريقة ممرحلة وشاملة.

دور المنظمات العالمية في تحقيق الحوكمة:

شددت جهود برنامج الأمم المتحدة الإنمائي في الكثير من الدول على تدخلات تستند إلى مستويات التعليم العالية للناس ومساعدتهم على اكتساب سبل الوصول إلى المعرفة والمعلومات والتجارب والخبرات التي تعينهم على تطوير قدرات تعكس أولويات الإصلاح. وكانت تلك الإصلاحات شاملة تدمج أحياناً عدة عمليات مترابطة، وتؤكد بوجه عام على الحكم الصالح وعلى إطار مستقر للاقتصاد الكلي. كما أن تطوير مؤسسات ديمقراطية وقابلة للمساءلة (بما فيها الأحزاب السياسية والاتحادات المهنية الحرة ووسائل الإعلام) مسألة حاسمة بالنسبة للإصلاح الإداري. ويعتبر تقديم الدعم لمنظمات القطاع الخاص والمجتمع المدني الناشئة، خصوصاً في مجال تطوير قدراتها الإدارية وفي مجال المساءلة، من الأولويات التي يجب أن يكون صناع القرار في الحكومة والقطاع الخاص والمجتمع المدني على علم بها تجاه الجمهور، فضلاً عن مسئوليتهم أمام أصحاب المصلحة في المؤسسات المختلفة. وتتفاوت العمليات التي تضمن حصول المساءلة تبعاً لنوع المؤسسة أو المنظمة وما إذا كانت عملية صنع القرار تتخذ في داخل المؤسسة أو تأتي من خارجها.

دور الدول العربية في تحقيق الحوكمة :

قدمت معظم الدول العربية تعهدات قاطعة بإجراء إصلاحات اقتصادية مصممة لتحرير أسواقها من التضييق المالي ومن أشكال عدم الكفاءة الأخرى، بينما تحافظ على المكاسب الصناعية والاجتماعية التي حققتها في الستينات والسبعينات عندما كانت المساعدات الخارجية والإيرادات النفطية وغيرها من مصادر رأس المال متوافرة بشكل أكبر مما هي عليه الآن. وقد شجعت بعض الدول أو سمحت لعناصر من مجتمعاتها المدنية بتأسيس فروع لمؤسسة "الشفافية العالمية" وهي منظمة غير حكومية عابرة للقوميات مكرّسة للتقليل من سوء الإدارة المالية.

اتخذت جميع الحكومات العربية خطوات عملية مهمة لمكافحة الفساد الذي يعتبر أحد العقبات الرئيسية في طريق تحقيق التنمية المستدامة.

وسبق لحكومات عربية عديدة أن وقعت اتفاقيتين رئيسيتين وضعتهما الأمم المتحدة هما: اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، التي وقعت أصلا في مدينة "بالرمو" في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠، واتفاقية مكافحة الفساد التي وقعت في مدينة "مريدا" في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٣.

وانضمت معظم الدول العربية أيضاً إلى "فرقة العمل للإجراءات المالية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا" التي أسست في ٣٠ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٤ كرابطة إقليمية طوعية لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

وأتاح عدد قليل من الدول العربية لمجتمعاته المدنية تأسيس فروع لمؤسسة الشفافية الدولية كي تقود جهود كشف الفساد والعقبات التي تقف حجر عثرة في وجه مكافحته. واتخذت معظم هذه الحكومات العربية بعض المبادرات الذاتية أبرزها المبادرات التي تسهم في الحملة الدولية لمكافحة غسل الأموال. كما أخضعت بعض الحكومات إجراءات مشترياتها العامة لإشراف أكثر شفافية وصرامة. وشرعت حكومات عربية كثيرة في تنفيذ حملات متقطعة ضد المسئولين العامين المشتبه بفسادهم، لكن عدداً قليلاً منها سمح لمجتمعاته المدنية بتعريض المسئولين الرسميين لقدر أكبر من المساءلة. وبناءً على ذلك، تنحو علامات هذه الحكومات على "مؤشر

إدراك الفساد" الذي وضعته مؤسسة الشفافية العالمية لأن تكون منخفضة. أما أفضل العلامات على هذا المؤشر فحصلت عليها بعض دول مجلس التعاون الخليجي الأصغر حجماً والأكثر ثراء بين الدول العربية.

وقد انهمكت جميع الدول العربية عملياً في إجراء بعض الإصلاحات على صعيد بعض أبعاد الإدارة المالية المبحوثة. حيث تمت بعض المحاولات في هذا المجال ويهمنا هنا المجال المصري الذي سيجيء الحديث عنه في الجزء التالي.

المؤسسات المالية :

تأتي المصارف على رأس المؤسسات المالية التي تمنح الائتمانات وهي المستثمر الرئيسي في المنطقة لأن المؤسسات الاقتصادية تميل للاعتماد على الائتمان أكثر من اعتمادها على رأس المال الخاص وعلى أسواق الأوراق المالية. كما أن القطاعات المصرفية السليمة تجتذب المستثمرين الخارجيين. وتتحكم البنوك المركزية، التي تحظى بدرجات متفاوتة من الاستقلال الذاتي عن وزارات المالية وعن السلطات التنفيذية العليا، بالسياسة النقدية وبالتالي فهي تدير الاقتصاديات الكلية لدولها.

إن تشابك الاقتصاد العالمي لا يترك أي مؤسسة مالية بمأمن عن التطورات الدولية، بدليل الانعكاسات السلبية التي تركها انهيار الشركات العملاقة في الأزمات المالية في دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وروسيا في عقد التسعينات من القرن العشرين، وكذلك ما شهده اقتصاد الولايات المتحدة من تداعيات الانهيارات المالية والمحاسبية لعدد من أقطاب الشركات الأمريكية العالمية خلال عام ٢٠٠٢م، والذي أفقد صغار المساهمين ثقتهم بالاستثمار في الشركات الكبيرة، ولأن امتدادات المصارف العربية تتخطى حدود البلدان العربية، إلى أوروبا، وأمريكا، والشرق الأقصى، فكان من الطبيعي أن تتأثر وتؤثر في البيئة الاقتصادية التي توجد بها، هذا بالإضافة إلى دخول الشركات المتعددة الجنسية في إطارها الاستثماري إلى الأسواق العربية والإسلامية.

وقد دفعت السلبيات الإدارية والأخطاء التنفيذية على صعيد القرارات، والتي كان أكثرها نابع من قرارات شخصية قد يكون لها مردود لمصلحة المقررين دون النظر إلى المنفعة الشمولية لمجمل المساهمين، دفعت بالمقررين الماليين، إلى وضع توصيات تفصل

كبار المساهمين عن الإطار التنفيذي في الشركات، نظراً لحاجة هذه الشركات لرؤوس أموال دائمة لتطوير عملياتها وأسواقها، كذلك يتم فصل تام بين مجالس الإدارات والإدارات التنفيذية، بالإضافة إلى بعض التوصيات الإدارية من ضبط داخلي، ورقابة داخلية، وأطلق عليها تعبير Corporate Governance في الدول الغربية، وترجمت في المعجم العربي إلى الحوكمة، وهي لا تتوقف حسب تعبير منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي على حدود الشركات الخاصة بل تتعداها إلى النظم الحكومية، والقطاعات العامة من النواحي الاقتصادية والقانونية والاجتماعية وإن كان لا يوجد تعريف موحد متفق عليه، لتداخله في العديد من الأمور التنظيمية والاقتصادية والمالية والاجتماعية للشركات، إلا إنها تهدف إلى حماية مصالح الأفراد والمؤسسات والمجتمعات ككل، بما يسهم في سلامة الاقتصاديات وتحقيق التنمية الشاملة في كل من الدول المتقدمة والناشئة على حد السواء.

يمكن القول أن ماهية مفهوم الحوكمة معنية بإيجاد وتنظيم التطبيقات والممارسات السليمة للقائمين على إدارة الشركة وبمقارنة هذه المعطيات مع المضمون الإداري في المؤسسات المالية، والتي يتوجب عليها اتباع الحوكمة، واحترام القواعد التي تمثل الضوابط التشغيلية للمؤسسات المالية وهي داخلية، وخارجية.

ويبقى تقييم الضوابط الخارجية غير المرتبطة بشخصية القائد أسهل في تطبيقها من الضوابط الداخلية المرتبطة بالترتيبات التي تقوم بها الشركة بهدف السيطرة على المخاطر عن طريق تحديد العلاقة بين الإدارة والمساهمين وأعضاء مجلس الإدارة وأصحاب المصالح، والتي في معظم الأحيان لا تكون منفصلة، وتمثل المشكلة الأصعب في تحديد مستوى حيادية المسئولين في مجتمعاتنا الشرقية التي تطلب منها الجماهير إبراز سلطتها المرادفة للقوة .

وباعتبار هياكل ملكية الشركات في العالم العربي والإسلامي من الأنظمة المركزة، والتي قد تديرها العائلات أو مجموعات من كبار المساهمين في إطار نظام الداخليين، فكيف الحكم على أداء مجالس الإدارة، في غياب مراقبة فعلية في تقييم الأداء، مع الإشارة إلى أن معظم أعضاء مجالس إدارة الشركات يتكونون بصفة

أساسية من الداخليين مثل العائلة والمديرين والشركات القابضة والبنوك وموظفي الحكومة بالنسبة للقطاع العام.

الإرشادات الصادرة من لجنة الحوكمة بالولايات المتحدة الأمريكية:

وقد تم في الولايات المتحدة الأمريكية تشكيل لجنة تعنى بموضوع الحوكمة، والتي أصدرت إرشادات مهمة وتوصيات يتم تبنيها من قبل كثير من الشركات، ومن الممكن استخلاص ما يناسب بشكل مؤسساتنا المالية منها وهي :

- ضرورة إعداد هيكلة إدارية، وخريطة تنظيمية خاصة بكل بنك توضح مهام مجلس الإدارة، ورئيسه بما يضمن القيام بسلطة إشرافية من قبل المجلس، مع ضرورة فصل مهام رئيس مجلس الإدارة عن المدير العام التنفيذي، وتعيين شخصين للقيام بدورهما. وفى ظل هذا الاقتراح لا يجب أن يكون هناك أي علاقة بين رئيس مجلس الإدارة والمدير العام التنفيذي، مع الفصل بين القرارات التشغيلية، والاستراتيجية، بحيث يفترض لاتخاذ القرار وضع لجان، واعتماد أسس الضبط الداخلي بحيث لا يمكن لشخص واحد اتمام أمر تشغيلي من بدايته حتى النهاية، مع ترك جهاز رقابة داخلية حيادي وموضوعي ومستقل، يرفع تقاريره إلى مجلس الإدارة.
- المسئوليات الأساسية لمجلس الإدارة هي تحديد مهمة البنك، وأهدافها واستراتيجياتها، ودراسة كيفية استيعاب المخاطر، وكذلك الإشراف على أداء الإدارة التنفيذية. مع الإشارة إلى أن تشكيل مجلس إدارة قوي ونشيط، أغلبية أعضائه مستقلين، هو المفتاح الرئيسي للالتزام بمهام مجلس الإدارة ولتحقيق حوكمة فعالة للبنك. ولهذا فإنه في منتهى الأهمية أن تتكون أغلبية مجلس الإدارة من مديرين مستقلين.
- الجديد في موضوع الحوكمة هو بيان المؤهلات الرئيسية اللازمة لمجلس الإدارة، وبما يتعلق بموضوع المؤسسات المالية، يجب على كل مجلس إدارة أن يتأكد من أن مؤهلات أعضائه تتوافق مع احتياجات التشغيل المالي والإبداع الاستثماري، وعلى مجلس الإدارة أن يكون لديه المعرفة والخبرة في المجالات المالية، والتمويلية والمحاسبية والتسويقية، ، بحيث يشكل المجلس فريق عمل متكافئ ومتكامل

ليتمكن من تحقيق الأهداف.

- يمكن تبعاً للتوصيات، أن يتم إنشاء لجنة حيادية مستقلة في المؤسسة المالية العربية، يمكن تسميتها لجنة الترشيح والحوكمة، تكون مسئولة عن ترشيح المؤهلين للتقدم لانتخابات المجلس، وتكون مهامها :
  - ❖ تنظيم مناسب لمجلس الإدارة.
  - ❖ وضع المؤهلات اللازمة لعضوية مجلس الإدارة.
  - ❖ ترشيح مجموعة مناسبة ومؤهلة لانتخابات المجلس.
  - ❖ وضع المتطلبات والوسائل اللازمة لتدريب أعضاء المجلس.
  - ❖ وضع المبادئ الأساسية لحوكمة الشركات لكي يتم اعتمادها في مجلس الإدارة والمرشحين لتولي منصب العضو المنتدب ومن يخلفه.

ولكي تنجح الضوابط الداخلية لابد من تدعيمها بمؤسسات خارجية تتفق مع ظروف الاقتصاد، وتعي البيئة الاجتماعية والتقاليد، ولابد من دعم هذه المؤسسات الخارجية بقوانين حقوق الملكية وقوانين منظمة الشفافية وإشهار الإفلاس وبمقومات سوق أوراق مالية ديناميكية.

وربما يكون الحافز في اتباع نظام الحوكمة هو المكاسب التي من الممكن تحقيقها من جراء التطبيق، وضرورة إخطار المساهمين، والمالكين، بصورة هذه المكاسب، وإقناعهم بأن وضع عقلانية القرار وموضوعيته في قالب إداري متعارف عليه دوليًا سيؤدي إلى:

- ❖ ضمان قدر ملائم من الطمأنينة للمستثمرين وحملة الأسهم على تحقيق عائد مناسب لاستثماراتهم، مع العمل على الحفاظ على حقوقهم وعلى حقوق الأقلية.
- ❖ تعظيم القيمة السوقية للسهم، وتدعيم تنافسية الشركات في أسواق المال العالمية؛ وخاصة في ظل استحداث أدوات وآليات مالية جديدة، وحدوث اندماجات أو استحواذ أو بيع لمستثمر رئيسي...إلخ.
- ❖ التأكد من كفاءة تطبيق الإجراءات التشغيلية، بمعزل عن الآراء والارتباطات الشخصية، وبالتالي حسن توجيه الأموال إلى الاستخدام الأمثل لها، منعاً لأي من

حالات الفساد التي قد تكون مرتبطة بذلك.

- توفير مصادر تمويل محلية أو عالمية للشركات سواء من خلال صناديق الاستثمار الدولية أو عبر أسواق المال، عند عرض أي مشروع، ضمن المشاريع الجديدة التي تحتاج إلى تمويل، وخاصة في ظل تزايد سرعة حركة انتقال التدفقات الرأسمالية، وبإحداث سوق مالية متخصصة في المنتجات المالية الإسلامية .
- تجنب الانزلاق في مشكلات محاسبية ومالية، بما يعمل على تدعيم واستقرار نشاط الشركات العاملة بالاقتصاد، ودرء حدوث انهيارات بالأجهزة المصرفية أو أسواق المال المحلية والعالمية، والمساعدة في تحقيق التنمية والاستقرار الاقتصادي .

وبالرغم من اختلاف القوانين والنظم الأساسية المرتبطة بحوكمة الشركات بين الدول، إلا أن الدول الإسلامية بحاجة لوضع أنظمة قانونية تكون صمام الأمان الضامن لحوكمة جيدة للشركات، وذلك بهدف دمجها في المفاهيم العامة لتتداخل مع العادات والتقاليد الإدارية، وتصبح منهجاً معتمداً .

كما يمكن تكملة ذلك باعتماد كل من معايير الإفصاح والشفافية ومعايير المساءلة، والتي تعتبر عصب مبادئ حوكمة الشركات، ليصبح لدى المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية منظومة إدارية خاصة لا يصح تقييم الأداء إلا من خلالها.

وما من شك في أن وجود نظام فعال لحوكمة المصارف العربية في كل مصرف يساعد على توفير الثقة والسلامة والشفافية الفعالة والسليمة للعمليات المصرفية العربية ويهدف إلى تحسين كفاءة أداء الأعمال المصرفية العربية كما يؤدي إلى مكافحة الفساد، وحوكمة المصارف هي مجموعة من الأنظمة والقوانين التي توفر معلومات سليمة لمجلس الإدارة في المصارف الإسلامية مثل الإفصاح والشفافية والوضوح وذلك لتحقيق الأهداف التي تكون في مصلحة عملاء المصرف ومساهميه وتعتمد على الأنظمة القانونية والنظامية بالإضافة إلى عوامل أخرى مثل أخلاقيات الأعمال المصرفية من ثقة وصدق وأمانة، ومن أهم المعلومات التي يجب الإفصاح عنها المعلومات المحاسبية والقوائم المالية الخاصة بالمراجعة الداخلية وطرق اختيار الأساليب المناسبة والسليمة

لتحقيق خطط وأهداف المصرف، وهو ما يلقي بمسئولية كبيرة على عاتق أعضاء مجلس إدارة المصارف الإسلامية حيث يتم تحويل معظم المهام إلى المديرين التنفيذيين الذين منحوا مسئولية الالتزام بالعمل من قبل أعضاء مجلس الإدارة وفقاً لنظم وقوانين بازل المنظمة للبنوك والمصارف في جميع أنحاء العالم، فمن الصعب على المساهمين وعملاء المصارف أن يراقبوا بشكل صحيح وفعال أداء إدارة المصرف في ظل نقص الإفصاح والشفافية، وهذا يحدث إذا لم يكن الإفصاح في الوقت المناسب من خلال موقع المصرف على الإنترنت أو في التقارير الدورية السنوية، كما يجب على مجلس الإدارة أن يراقب الأهداف الاستراتيجية للمصرف ومصالح حملة الأسهم والعملاء ويضع حدوداً واضحة للمسئوليات والمساءلة عليها وذلك للتأكد من وجود مبادئ ومفاهيم للإدارة التنفيذية بحيث تتم أنشطة المصرف وفقاً للسياسات والنظم التي وضعها مجلس الإدارة ووفقاً لنظام الرقابة الداخلية على أن تتناسب سياسات الأجور والمكافآت مع أعمال وأهداف البنك وأن تقدم حوافز للإدارة العليا والمديرين التنفيذيين بما يحقق نجاح ونمو أعمال المصرف، ولنجاح عملية الحوكمة يجب ترسيخ الشفافية والإفصاح فإذا لم يحصل المساهمون وأصحاب المصالح على معلومات كافية عما يحققه المصرف من أهداف ونمو في القوائم المالية وما يعترضه من خطر فهذا سوف يسبب خللاً في انضباط السوق، وتتم الحوكمة المصرفية من خلال الإفصاح والشفافية والإدارة الرشيدة كما نؤكد أن تطبيق المساءلة على كل من يخالف ذلك هو صمام الأمان، وقد أقرت لجنة بازل مبادئ الحوكمة في المصارف بحيث يكون أعضاء مجلس الإدارة مؤهلين تماماً لمراكزهم وأن يكونوا على معرفة بالحوكمة وبالقدرة على إدارة العمل المصرفي بنجاح وكذلك المديرون التنفيذيون فنحن نعيش عصر التطورات السريعة في الأسواق المالية والتكنولوجية فيجب على المصارف تطبيق مبادئ الحوكمة مع الالتزام بالإفصاح والشفافية حتى تنخفض درجة المخاطر ويقل تعثرها كما نؤكد على موضوع المساءلة كما جاء في صدر الورقة.

الحوكمة في المصارف:

يعتمد إطار حوكمة الشركات على البيئة القانونية والتنظيمية بالإضافة إلى عوامل أخرى مثل أخلاقيات الأعمال ومدى إدراك الشركات بالمصالح البيئية والاجتماعية للمجتمع.

وفي خلال السنوات الماضية تركز الاهتمام على تطبيق مبادئ حوكمة الشركات في المصارف نتيجة للتطورات السريعة في الأسواق المالية وعولمة التدفقات المالية والتقدم التكنولوجي، مما أدى إلى حدوث ضغوط تنافسية متزايدة بين البنوك والمنشآت غير المصرفية، وحدث نمو في الأسواق المالية وتنوع في الأدوات المالية للبنوك مما زاد من أهمية قياس المخاطر وإدارتها والسيطرة عليها مما يتطلب الابتكار المستمر لطرق إدارة الأعمال والمخاطر وتغيير القوانين ونظم الإشراف بما يحافظ على سلامة النظام المصرفي.

وتختلف البنوك عن باقي الشركات لأن انهيارها يؤثر على دائرة أكثر اتساعاً من الأشخاص ويؤدى إلى إضعاف النظام المالي ذاته مما يكون له آثار سيئة على الاقتصاد بأسره، وهو ما يلقي بمسئولية خاصة على أعضاء مجلس إدارة البنك، ونظراً لأنه لا يمكن لأعضاء مجلس الإدارة أن يقوموا بكل شيء بأنفسهم، يجب عليهم تفويض بعض المهام مع التأكد من قدرة أولئك الذين ائتمنوهم وعهدوا إليهم بالسلطة والإطار الذي يمكن من خلاله مراجعة الاستخدام السليم والأمن للسلطة.

ويعرف بنك التسويات الدولية الحوكمة في المصارف بأنها الأساليب التي تدار بها المصارف من خلال مجلس الإدارة والإدارة العليا والتي تحدد كيفية وضع أهداف البنك والتشغيل وحماية مصالح حملة الأسهم وأصحاب المصالح مع الالتزام بالعمل وفقاً للقوانين والنظم السائدة وبما يحقق حماية مصالح المودعين.

مبادئ الحوكمة في المصارف :

أصدرت لجنة بازل تقريراً عن تعزيز الحوكمة في المصارف عام ١٩٩٩م ثم أصدرت نسخة معدلة منه عام ٢٠٠٥م وفى فبراير ٢٠٠٦م أصدرت نسخة محدثة بعنوان "Enhancing corporate governance for banking organization" يتضمن مبادئ الحوكمة في المصارف وتتمثل في :

المبدأ الأول :

يجب أن يكون أعضاء مجلس الإدارة مؤهلين تماماً لمراكزهم وأن يكونوا على دراية تامة بالحوكمة وبالقدرة على إدارة العمل بالبنك، ويكون أعضاء مجلس الإدارة مسئولين بشكل تام عن أداء البنك وسلامة موقفة المالي وعن صياغة استراتيجية العمل بالبنك وسياسة المخاطر وتجنب تضارب المصالح وأن يبتعدوا بأنفسهم عن اتخاذ القرارات عندما يكون هناك تعارض في المصالح يجعلهم غير قادرين على أداء واجبهم على أكمل وجه تجاه البنك، وأن يقوموا بإعادة هيكلة للمجلس ويتضمن ذلك عدد الأعضاء مما يشجع على زيادة الكفاءة، وتتضمن واجبات المجلس اختيار ومراقبة وتعيين المديرين التنفيذيين بما يضمن توافر الكفاءات القادرة على إدارة البنك وأن يكون أعضاء المجلس على دراية كافية بمبادئ وأسس الأنشطة المالية للبنك التي يجب اتباعها وبالبيئة التشريعية، ويقوم مجلس الإدارة بتشكيل لجان لمساعدته ومنها لجنة تنفيذية ولجنة مراجعة داخلية وتقوم لجنة المراجعة بالتعاون مع مراقبي الحسابات وتراجع وتتسلم تقاريرهم وأن تأخذ القرارات التصحيحية في الوقت المناسب لتحديد أوجه الضعف في الرقابة وعدم التوافق مع السياسات والقوانين والنظم. كما يشكل مجلس الإدارة لجنة إدارة المخاطر تضع المبادئ للإدارة العليا بشأن إدارة مخاطر الائتمان، السوق، السيولة، التشغيل، السمعة وغير ذلك من المخاطر، ولجنة الأجور التي تضع نظم الأجور ومبادئ تعيين الإدارة التنفيذية والمسئولين بالبنك بما يتماشى مع أهداف واستراتيجية البنك.

المبدأ الثاني :

يجب أن يوافق ويراقب مجلس الإدارة الأهداف الاستراتيجية للبنك وقيم ومعايير العمل آخذاً في الاعتبار مصالح حملة الأسهم والمودعين وأن تكون هذه القيم سارية في البنك، ويجب أن يتأكد مجلس الإدارة من أن الإدارة التنفيذية تطبق السياسات الاستراتيجية للبنك وتمنع الأنشطة والعلاقات والمواقف التي تضعف الحوكمة وأهمها تعارض المصالح مثل الإقراض للعاملين أو المديرين أو حملة الأسهم ممن لهم السيطرة أو

الأغلبية أو إعطاء مزايا تفضيلية للأشخاص ذات الصلة، ويجب على مجلس الإدارة والإدارة العليا توفير الحماية الملائمة للعاملين الذين يعدون تقارير عن ممارسات غير قانونية أو غير أخلاقية من أي إجراءات تأديبية مباشرة أو غير مباشرة.

المبدأ الثالث :

يجب على مجلس الإدارة أن يضع حدودًا واضحة للمسئوليات والمحاسبة في البنك لأنفسهم وللإدارة العليا والمديرين وللعاملين وأن يضع هيكلاً إدارياً يشجع على المحاسبة ويحدد المسئوليات.

المبدأ الرابع:

يجب أن يتأكد مجلس الإدارة من وجود مبادئ ومفاهيم للإدارة التنفيذية تتوافق مع سياسة المجلس وأن يمتلك المسئولون بالبنك المهارات الضرورية لإدارة أعمال البنك وان تتم أنشطة البنك وفقاً للسياسات والنظم التي وضعها مجلس الإدارة وفقاً لنظام فعال للرقابة الداخلية.

المبدأ الخامس :

يجب على مجلس الإدارة أن يقر باستقلال مراقبي الحسابات وبوظائف الرقابة الداخلية (ويشمل ذلك وظائف التطابق والالتزام والقانونية) باعتبارها جوهرية لحوكمة المصارف وبغرض تحقيق عدد من وظائف الرقابة بغرض اختبار وتأكيد المعلومات التي يتم الحصول عليها من الإدارة عن عمليات وأداء البنك، يجب أن تقر الإدارة العليا للبنك بأهمية وظائف المراجعة والرقابة الفعالة الداخلية والخارجية لسلامة البنك في الأجل الطويل. ويجب على مجلس الإدارة والإدارة العليا للبنك التحقق من أن القوائم المالية تمثل الموقف المالي للبنك في جميع جوانبه وذلك من خلال التأكد من أن مراقبي الحسابات الخارجيين يمارسوا عملهم بالتوافق مع المعايير المطبقة وأن يشاركوا في عمليات الرقابة الداخلية بالبنك المرتبطة بالإفصاح في القوائم المالية، ومن الملائم أن تقوم لجنة المراجعة الداخلية بكتابة التقارير مباشرة إلى مجلس الإدارة.

المبدأ السادس :

يجب أن يتأكد مجلس الإدارة من أن سياسات الأجور والمكافآت تتناسب مع ثقافة وأهداف واستراتيجية البنك في الأجل الطويل وأن ترتبط حوافز الإدارة العليا والمديرين التنفيذيين بأهداف البنك في الأجل الطويل.

المبدأ السابع :

تعد الشفافية ضرورية للحوكمة الفعالة والسليمة، وتبعاً لدليل لجنة بازل عن الشفافية في البنوك فإنه من الصعب للمساهمين وأصحاب المصالح والمشاركين الآخرين في السوق أن يراقبوا بشكل صحيح وفعال أداء إدارة البنك في ظل نقص الشفافية، وهذا يحدث إذا لم يحصل المساهمون وأصحاب المصالح على معلومات كافية عن هيكل ملكية البنك وأهدافه، ويعد الإفصاح العام الملائم ضرورياً وخاصة للبنوك المسجلة في البورصة لتحقيق الانضباط في السوق، ويكون الإفصاح في الوقت المناسب والدقيق من خلال موقع البنك على الإنترنت وفي التقارير الدورية والسنوية، ويكون متلائماً مع حجم وتعقيد هيكل الملكية وحجم تعرض البنك للمخاطر أو عما إذا كان البنك مسجلاً في البورصة، ومن ضمن المعلومات التي يجب الإفصاح عنها المعلومات المتعلقة بالبيانات المالية، التعرض للمخاطر، الموضوعات المرتبطة بالمراجعة الداخلية وبالحوكمة في البنك ومنها هيكل ومؤهلات أعضاء مجلس الإدارة والمديرين واللجان وهيكل الحوافز وسياسات الأجور للعاملين والمديرين.

المبدأ الثامن :

يجب أن يتفهم أعضاء المجلس والإدارة العليا هيكل عمليات البنك والبيئة التشريعية التي يعمل من خلالها ويمكن أن يتعرض البنك لمخاطر قانونية بشكل غير مباشر عندما يقوم بخدمات نيابة عن عملائه الذين يستغلون الخدمات والأنشطة التي يوفرها البنك لممارسة أنشطة غير شرعية مما يعرض سمعة البنك للخطر.

أثر تطبيق الحوكمة في المصارف :

يؤدى تطبيق البنوك للحوكمة إلى نتائج إيجابية متعددة أهمها زيادة فرص التمويل وانخفاض تكلفة الاستثمار واستقرار سوق المال، والحد من الفساد ، كما أن التزام البنوك بتطبيق معايير الحوكمة يسهم في تشجيعها للشركات التي تمول منها بتطبيق هذه القواعد والتي من أهمها الإفصاح والشفافية والإدارة الرشيدة ويؤدي تطبيق الشركات لمبادئ الحوكمة إلى انخفاض درجة المخاطر عند تعاملها مع البنوك والإقلال من التعثر.

واعتماداً على ما حددته الجهات ذات الاختصاص كمنظمة التعاون الاقتصادي والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي فإننا نركز على الخلاصة التالية للاسترشاد بها في البنوك بصفة عامة.

١- توفير الحماية للمساهمين من خلال تأمين أساليب نقل الملكية والمشاركة الفاعلة في التغييرات الأساسية في البنوك، والإفصاح عن الإجراءات المالية فيها.

٢- المعاملة المتساوية للمساهمين كافة حيث يضمن إطار الحوكمة تحقيق المساواة في معاملة المساهمين كافة بمن فيهم الأقلية والمساهمون الأجانب.

٣- أن تعتمد سلطات الإدارة في البنوك على سياسة تأكيد احترام حقوق أصحاب المصالح والحفاظ عليها ، ووجود آليات لمشاركة أصحاب المصالح ، وأن تكفل تلك الأولويات عنصر تحسين مستويات الأداء ، وذلك من خلال الإفصاح السليم عن القوائم المالية.

٤- يجب أن يضمن إطار الحوكمة تحقيق الإفصاح والشفافية في جميع الأمور الأساسية المتعلقة بالبنوك بما فيها الوضع المالي والأداء والملكية والإدارة ، كما ينبغي إعداد ومراجعة المعلومات وكذلك الإفصاح عنها بأسلوب يتفق والمعايير المحاسبية والمالية بما يؤدي إلى ضمان التوجيه والرقابة الفاعلة على إدارة البنك.

٥- يجب أن يضمن إطار الحوكمة وضع تخطيط استراتيجي للبنك والمراقبة الفاعلة لأداء الإدارة والتأكيد على مسؤولية مجلس الإدارة تجاه البنك والمساهمين، بما يؤدي إلى إدراك المصالح البيئية والاجتماعية للمجتمعات.

وقامت لجنة بازل أيضاً بإصدار وثيقة مستخلصة من معايير منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي وهي :

١- إرساء أهداف استراتيجية داخل المنظمة المصرفية وتطبيق مبدأ "التطلع نحو التفوق" TONE AT THE TOP.

٢- الحد من الأنشطة والعلاقات التي تقلل كفاءة الحوكمة، ومنها تضارب المصالح والإقراض بشروط ميسرة.

٣- وضع خطوط للمسئولية والمساءلة داخل المنظمة المصرفية.

٤- ضمان تأهيل أعضاء مجلس الإدارة، وأن يكون لديهم فهم واضح لدورهم في الحوكمة ولا يخضعون لأي تأثير من الإدارة أو جهات خارجية، ويكون ذلك من خلال تقارير الأداء لتحديد نقاط القوة والضعف والفرص والمخاطر.

٥- قيام مجلس الإدارة بإرساء لجان متخصصة مثل (لجنة إدارة المخاطر، لجنة المراجعة).

٦- ضمان أن يكون هناك إشراف مناسب من قبل الإدارة العليا، حيث إن الإدارة العليا هي عنصر رئيس في الحوكمة.

٧- الاستفادة المثلى من العمل الذي يقوم به المدققون الداخليون والخارجيون.

٨- ضمان أن يكون هناك حوافز متسقة مع القيم الأخلاقية وأهداف واستراتيجية وبيئة البنك.

٩ – تعزيز الشفافية والإفصاح عن الهياكل الإدارية للبنك.

١٠ – توفير بيئة مناسبة للحوكمة من خلال إصدار القوانين والتشريعات والإفصاح.

١١ – التأكد من تطبيق البنك للهياكل التنظيمية من خلال المراقبين.

١٢ – دور المراقبين في مراعاة مصالح المودعين والذين تكون مصالحهم دائماً غير مدركة.

نأمل أن تأخذ مجالس إدارات المصارف بهذه النقاط.

المصادر :

١- بحث مقدم في مؤتمر عربي بعنوان : مدى تطبيق المصارف الإسلامية السودانية للحوكمة، إعداد / بروفيسور محمد فرح عبد الحليم.

٨/ التعويض الإداري في القانون السوداني

"دراسة مقارنة"

إعداد/ د. جعفر منصور صديق

محامي ـ ماجستير القانون العام

المقدمة :

أهمية الدراسة :

تتمثل أهمية دعوى التعويض الإداري في الآتي :

١- إكمال الحماية التي يصبغها قضاء الإلغاء على حقوق الأفراد بإعدام القرارات الإدارية غير المشروعة، وذلك عن طريق جبر الضرر الذي يصيب الأفراد خلال الفترة ما بين صدور القرار الإداري وإلغائه.

٢- قد يغلق باب الطعن بالإلغاء ويظل الطعن بالتعويض مفتوحاً في حالة انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء أو في حالة تحصين القرار الإداري.

٣- في حالة عدم جدوى دعوى الإلغاء كما لو نفذ القرار الإداري فوراً ومثال لذلك حالة صدور قرار إداري بحرمان طالب من دخول الامتحان.

٤- دعوى الإلغاء يراقب بها القضاء مشروعية قرارات الإدارة فقط دون أعمالها المادية، أما هذه الأخيرة فيراقبها القضاء عن طريق دعوى التعويض.

مشكلة الدراسة:

بعد العام ٢٠٠٥م وجدت ثلاثة عوامل أثرت على الأفراد في الدولة السودانية ودفعت بالقضاء الإداري للالتفات إلى تقدير التعويض الإداري للمتضررين من القرارات الادارية وفق ضوابط محددة، يتمثل العامل الأول في نشأة قانون إداري منفصل يحكم المسائل المتصلة بالقرارات الإدارية وهو قانون القضاء الإداري لعام ٢٠٠٥م الساري الآن، أما العامل الثاني فيتمثل في ازدياد تدخل الدولة المباشر وغير المباشر في التعامل مع الأفراد وذلك عبر مرافقها العامة، أما العامل الأخير فهو ازدياد وعي الشعب السوداني

بحقوقه القانونية وذلك نابع من ثورة التعليم العالي والتوسع الرأسي والأفقي في إنشاء الجامعات ومؤسسات التعليم العالي وزيادة مخرجاتها.

تلك العوامل مجتمعة أثرت في ازدياد عدد القضايا الإدارية بالمحاكم مما دفع القضاء الإداري لاستنباط أحكام فقهية لمعالجة تلك القضايا، ونسبة لحداثة القانون الإداري في السودان فلم تتبلور نظرياته بصورتها النهائية حتى الآن، ولكن من خلال هذا البحث المتواضع سنحاول الإجابة على الأسئلة التالية :

١- ما هو التعويض الإداري ؟

٢- ما هي شروط قبول دعوى التعويض؟

٣- ما هي الأركان العامة للمسئولية الإدارية السودانية ؟

٤- كيف يمكن تحديد قيمة ومقدار التعويض ؟

٥- ما هي الجهة الملزمة بدفع قيمة التعويض؟

٦- هل يختلف مقدار التعويض إذا اعتبرت المحكمة أن القرار الإداري المعيب هو نتيجة لخطأ المرفق أم للخطأ الشخصي؟

أهداف الدراسة :

١- التعرف على التعويض الإداري وبيان شروطه وقبول الدعوى المتعلقة به.

٢- الأركان العامة للمسئولية الإدارية في السودان.

٣- مقدار قيمة التعويض، وأسس تقديره.

٤- الجهة الملزمة بدفع التعويض.

منهج الدراسة :

ينتهج هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن مع الاستشهاد بالسوابق القضائية ومقارنة القوانين.

المقدمة :

يتسم القانون الإداري بأهميته البالغة خاصة في الشعوب المتحضرة والتي ترنوا إلى التطور وذلك بحفظ حقوق المواطنين من أي انتقاص من قبل أجهزة الدولة، فلا يكاد

ينقضي يوم ولا تكون هناك معاملة قانونية بين المواطن وجهاز من أجهزة الدولة، كاستخراج رخصة بناء أو تجارة أو قيادة سيارة، أو حتى العلاج بالمستشفيات الحكومية أو التسجيل بمؤسسات التعليم العام أو العالي الحكومية... إلخ.

في ظل تدخل الدولة المباشر وغير المباشر في تنظيم الحياة العامة للأفراد كان لابد من حماية الأفراد من أي تعسف من قبل السلطات في الدولة من تمييز في المعاملة أو انتقاص لحقوق الأفراد، أو غير ذلك، أيضاً حماية العاملين في أجهزة الدولة من أي إجراءات قانونية قد يتعرضوا إليها في مؤسساتهم وتقتضي رفع الظلم عنهم.

لكل ذلك وجد القانون الإداري والذي يدور حول محورين المحور الأول؛ هو إلغاء القرارات التي تنطوي على ظلم وغير مطابقة للعدالة والقانون، وذلك لضمان الحقوق والحريات للأفراد في الدولة، أما المحور الثاني وتقتضيه مبادئ العدالة الطبيعية بأن يتم تعويض كل من تضرر من أي قرار إداري غير مشروع وهي الضمانة الثانية التي يكفلها القانون الإداري للطرف المضرور وهي محور الدراسة والبحث.

يتناول هذا البحث محورين، الأول لشروط قبول دعوى التعويض أما المحور الثاني فلبيان قيمة ومقدار التعويض.

المحور الأول: شروط قبول دعوى التعويض:

لوجود دعوى التعويض الإداري لابد من وجود قرار إداري معيب يترتب عليه إحداث ضرر معين أصاب شخصاً معيناً وقد يكون الضرر مادياً أو أدبياً، إذاً فما هو القرار الإداري؟ وما هي عيوبه؟

تنص المادة (٣) من قانون القضاء الإداري السوداني لسنة٢٠٠٥م على أن القرار الإداري (يقصد به القرار الذي تصدره أي جهة بوصفها سلطة عامة بقصد إحداث أثر قانوني معين يتعلق بحق واجب أي شخص أو أشخاص ويشمل رفض تلك الجهات أو امتناعها عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه).

وقد عرفه العميد سليمان الطماوي بأنه (عمل إداري، لأنه إفصاح وتعبير عن إدارة الإدارة الملزمة) [1].

إذاً لابد من قرار صادر من أي جهاز من أجهزة الدولة، وأجهزة الدولة تتمثل في كافة الوحدات والأقسام والهيئات والمؤسسات والوزارات وأجهزة الحكم المركزية واللامركزية التابعة للدولة[2].

وهذا القرار لابد له من أن يحدث أثراً قانونياً محدداً يؤثر في الطاعن والأثر القانوني قد يكون بمنحه حق أو مزية أو حرمانه من حق أو مزية، أو فرض التزامات قانونية محددة تجاهه، مثال لذلك منع إدارة الكلية دخول بعض الطلاب من الجلوس للامتحان أو استبعاد وزارة التخطيط العمراني أحد المتقدمين للحصول على قطعة أرض من المنافسة، فيعد ذلك حرمان لحق أو إعطاء شخص لذلك الحق، أو منح الموظف علاوة محددة فهذه مزية وعكسها يعتبر حرمان من المزية، وهذا الأمر يقود إلى أن القرار الإداري قد يكون سلبياً وقد يكون إيجابياً، فالقرار الإيجابي هو اتخاذ الجهة الإدارية لقرار معين، أما السلبي فهو امتناع الجهة الإدارية عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه.

إن وجود قرار إداري وحده لا يكفي أن يكون سبباً لرفع دعوى التعويض الإداري إذ لابد من وجود شروط محددة تتصل بالقرار الإداري وشروط تتصل بالطعن وأخرى تتصل بنتيجة القرار الإداري.

أولاً: الشروط المتصلة بالقرار الإداري:

إن القرار الإداري المطعون فيه لابد أن يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري الأربعة والتي نص عليها قانون القضاء الإداري السوداني لسنة ٢٠٠٥م هي عدم

---

[1] أ. د. سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية –دراسة مقارنة– ط ٦ ١٩٩١م– مطبعة جامعة عين شمس ص ١٩٩.

[2] (عرفت م (٣) من قانون الخدمة المدنية القومية لسنة٢٠٠٧م الوحدة بأنها (...... أي رئاسة لوزارة أو أمانة أو جهاز تابع للحكومة القومية أو ديوان منشأ بقانون خاص أو هيئة أو جامعة حكومية أو مجلس مهني متخصص).

اختصاص الجهة التي أصدرته ووجود عيب في الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة.

عيب عدم الاختصاص:

فالاختصاص هو صلاحية قانونية لموظف معين أو جهة إدارية محددة في اتخاذ قرار إداري تعبيراً عن إرادة الإدارة [٣]، (وبذلك فإن القرار الإداري يكون معيباً بعيب عدم الاختصاص متى صدر ممن لا يملك سلطة إصداره)[٤].

فهو عيب عضوي لكونه يتمثل في عدم القدرة على مبادرة عمل قانوني معين، حيث جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر [٥].

وعدم الاختصاص قد يكون لقرار إيجابي أو سلبي، أو يكون مكاني كإصدار والي ولاية لقرار إداري يمس ولاية أخرى، وقد يكون زماني كإصدار المسئول لقرار إداري بعد عزله، وقد يكون موضوعي كأن يصدر رجل الإدارة لقرار يختص بسلطات هيئة أخرى، أو عدم اختصاصه بموجب مقتضيات الوظيفة التي يشغلها، وقد يكون عدم الاختصاص شخصي كأن يصدر من غير الشخص المختص أصلاً بإصداره كصدور القرار الإداري من مواطن عادي وليس من رجل الإدارة فهذا القرار يعتبر معيباً بعيب عدم الاختصاص وقد يصل به لأن يكون منعدماً غير محدث لأي آثار قانونية.

عيب مخالفة القانون :

يكون ذلك عند مخالفة الإدارة فيما تصدره من قرارات لمواد القانون أو المبادئ القانونية الراسخة، وتوجد في إحدى صورتين.

---

[٣] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – القرارات الإدارية في فقه وقضاء ـ مجلس الدولة ـ دار الفكر الجامعي ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٧م ـ ص ٤٩.

[٤] المحكمة الإدارية المصرية العليا رقم ١٣٦٥ لسنة ١٢ ق جلسة –١٩٦٩/١١/٢٩م.

[٥] د. طعيمة الجرف – رقابة القضاء على أعمال الإدارة – وقضاء الإلغاء ١٩٧٧م ـ ص ٢٤١.

أ/ الصورة الإيجابية :

وتقع حينما يخالف قرار الإدارة نصاً تشريعياً دستورياً كان أو عادياً، لما يمثله ذلك من خروج على مبدأ تدرج القواعد القانونية؛ حيث خالف القرار الإداري النص القانوني وهو أداة تشريعية أعلى الأمر الذي يجعله مشوباً بعيب مخالفة القانون[٦].

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية المصرية العليا ببطلان قرار إداري لكونه مشوباً بعيب المحل لمخالفته لمبدأ المساواة الذي أكد الدستور على ضرورة احترامه، حيث قضت بإلغاء قرار كلية طب القاهرة فيما ذهب إليه من رفض قبول طالب حاصل على بكالوريوس العلوم شعبة التشريح بتقدير جيد بالسنة الثالثة رغم قبوله لأقرانه الحاصلين على نفس التقدير، حيث اعتبرت المحكمة أن في ذلك إخلالاً بمبدأ دستوري هو مبدأ المساواة [٧]. أيضاً عند مخالفته لنصوص القانون، أو اللوائح السارية، حيث يُعد ذلك بمثابة مخالفة لمبدأ تدرج القواعد القانونية.

ب/ الصورة السلبية :

ويكون ذلك في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القانون أو رفضها تطبيق أحكامه كما في حالة امتناعها عن منح شخص خدمة معينة على الرغم من استيفائه شروط منحها.

وتجدر الإشارة إلى أن مخالفة القرار الإداري المباشرة للقانون في صورتها الإيجابية أو السلبية تقود إلى نتيجة واحدة وهي بطلان القرار لكونه مشوباً بعيب في محله، ويكون أمر إثبات العيب في غاية اليسر حيث يكفي لذلك إثبات طالب الإلغاء قيام القاعدة القانونية التي يدعي خروج القرارات على أحكامها أو مخالفته لمقتضاها، حتى يقضي له بإلغاء القرار الإداري محل الطعن والتعويض إن كان له مقتضى[٨].

---

[٦] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة- القرارات الإدارية في فقه وقضاء ـ مجلس الدولة ـ دار الفكر الجامعي ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٧م ـ ص ١٥٣.

[٧] المحكمة الإدارية المصرية العليا- طعن رقم ٢٥٠٩ لسنة ٣٩ ق- جلسة ٢٢/٨/١٩٩٣ م.

[٨] المرجع السابق ص ١٥٥.

قد تكون المخالفة غير مباشرة للقانون:

ويكون ذلك عندما تخطئ الإدارة في تفسير أو تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع حيث يؤدي هذا الخطأ عند ثبوته إلى إلغاء القرار الإداري لكونه مشوباً بعيب المحل.

إساءة استعمال السلطة:

وهي نتيجة لعدم احترام الإدارة لركن الغاية، ويكون ذلك متى قصد رجل الإدارة تحقيق مصلحة منبتة الصلة بالمصلحة العامة، أو مغايرة للهدف الذي حدده المشرع للإدارة لتبتغيه بقراراتها.

وتعرف الغاية بأنها النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها ويطلق عليها اسم الباعث وتمثل الجانب الشخصي، أي هي مرتبطة بنية مصدر القرار الإداري[٩].

ولكي يكون القرار الإداري سليماً يجب ألا تخرج الغاية من إصداره عن أحد أمرين:

الأمر الأول: إما أن يحدد المشرع لرجل الإدارة أهداف محددة للعمل على تنفيذها ويمنحه السلطات اللازمة لذلك، كالسلطات الممنوحة لرجل الشرطة وفقاً لقواعد الضبط الإداري وفي هذه الحالة إذا ما استعمل تلك السلطات خلاف أغراض الضبط يكون قراره معيباً بعيب الانحراف.

الأمر الثاني: في حالة عدم تحديد المشرع لرجل الإدارة أية أهداف له، ففي هذه الحالة يجب أن يبتغي مصدر القرار الإداري تحقيق المصلحة العامة بأي صورة من صورها، أما إذا خرج رجل الإدارة على أي من هذين الأمرين كأن يكون قراره لتحقيق مصلحة تخصه أو مصلحة بعض أقاربه أو تحقيق خسارة غير مشروعة لبعض أعدائه أو لتحقيق أهداف سياسية متعلقة بحزبه السياسي

---

[٩] راجع رسالة الماجستير الخاصة بالباحث بعنوان- إساءة استخدام السلطة كعيب من عيوب القرار الإداري في القانون السوداني دراسة مقارنة-ص ٢٩.

بدلاً عن المصلحة العامة نكون أمام قرار إداري معيب بعيب إساءة استعمال السلطة.

عيب الشكل :

الأصل أن القانون لا يشترط شكلاً معيناً للقرار الإداري والشكليات اللازمة للقرار قد تكون قبل إصدار القرار أو بعد صدوره، وعند تخلف الأوضاع أو الإجراءات التي يتطلبها القانون يصبح القرار الإداري معيباً بعيب الشكل جاز الطعن فيه بالإلغاء.

وقد قضت المحاكم المصرية بأن القرار الإداري لا يبطل لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان عند إغفال هذا الإجراء، أو كان هذه الإجراء جوهرياً في ذاته بحيث يترتب على إغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع.

ومن الشكليات التي ألزم بها المشرع الإدارة في السودان كان ذلك في كافة التصرفات التي تقع على الأرض حيث أجبر مصلحة الأراضي بالتقيد بأرنيك (٣ أ) فيتطلب القانون صدور أي قيود على حق الملكية كالبيع والرهن والهبة في هذا الأورنيك، وعند إغفاله يكون قرار الإدارة معيباً بعيب الشكل، أيضاً نص القانون على شكليات معينة عند تسجيل الشركة؛ وقد نص قانونها لسنة ١٩٢٥م على وجوب أن تكتب وزارة العدل- وهي جهة تنفيذية أصيلة- أغراض الشركة في أورنيك (٢ش) و(أش) وعند تخلف ذلك يكون قرارها معيباً[١٠].

أيضاً يعتبر من الشكليات الجوهرية مراعاة قواعد العدالة الطبيعية (حق السماع) في مجالس التحقيق والمحاسبة، فيجب بيان نوعية التهمة أو المساءلة الموجهة ضده، وأن يحاكم بلغة يفهمها، فقد ذهبت المحكمة السودانية العليا في قضية الهيئة المركزية للمياه والكهرباء /ضد/ محمد أحمد حامد والتي قضت بأن تقديم الطاعن لمجلس محاسبة حسب إجراءات مختصرة بشكل أهدر حقه في الدفاع عن نفسه يعد عيباً شكلياً في القرار الإداري[١١].

---

[١٠] رسالة الماجستير للباحث- مرجع سابق – ص ٣٨.

[١١] مجلة الأحكام القضائية السودانية- نوفمبر ١٩٧٢ ص ٨٥.

ثانياً: الشروط المتصلة بالطرف المضرور:

أ. المصلحة الشخصية:

وتعني أن الطاعن في القرار الإداري لابد أن يتأثر بالقرار تأثيراً مباشراً ويمس القرار مركزه القانوني وذلك إما بحرمانه من حق قانوني أو جزء منه، أو تكليفه ببعض الواجبات التي من المفترض عدم تكليفه بها، أو حرمانه من أي مزية، وهذا ما يعرف أيضاً بالمصلحة الشخصية للطاعن، وهذا ما نصت عليه المادة ٧/أ من قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م[١٢].

ويلاحظ في هذا الشأن أن القضاء المصري قد انتهى إلى أنه لا يشترط لتوافر المصلحة أن يكون للطاعن حق شخصي يود الحصول عليه بل يكفي أن يكون لرافعه مصلحة شخصية يؤثر فيها القرار تأثيراً مباشراً[١٣].

ب. استنفاد كافة طرق التظلم المتاحة قانوناً :

أوجب القانون لإمكان التقدم بالطعن ضد القرار الإداري أن يكون الطاعن قد استنفد كافة طرق التظلم المتاحة قانوناً وهذا ما نصت عليه المادة ٧/ب من قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م[١٤].

ومثال لذلك أن يتم استئناف القرار الصادر من لجنة تخصيص الأراضي بعدم منح التخصيص لشخص معين، فيمكن لذلك الشخص أن يستأنف أمام مدير مصلحة الأراضي، ثم لوزير التخطيط العمراني وبعدها يمكن أن يلجأ إلى القضاء لاستنفاد كافة طرق التظلم المتاحة قانوناً.

---

[١٢] على القاضي المختص شطب العريضة إيجازياً ورفضها إذا ثبت له:- أ/(أن ليس للطاعن مصلحة شخصية في الطعن).

[١٣] أ.د محمد الشيخ عمر – قانون الإجراءات المدنية السوداني - الجزء الثاني – أحكام الطعن وإجراءات التنفيذ – الطبعة السابعة- ٢٠٠٤م- ص ١٣٣.

[١٤] على القاضي المختص شطب العريضة إيجازياً ورفضها إذا ثبت له:- ب/(أن الطاعن لم يستنفد طرق التظلم المتاحة بموجب القانون).

والحكمة من ذلك هي التأكد من أن القرار الإداري قد صدر وفقاً لأحكام القانون ولحماية الإدارة من أي أضرار قد تصيبها إذا رفع الأمر إلى القضاء مباشرة كالحكم ضدها بالتعويض أو إلغاء قراراتها من قبل القضاء.

ولقد جاء في سابقة جمهورية السودان /ضد/ مكي علي الأزهري[١٥] أنه إذا كان القرار الإداري المطعون فيه مما يجوز التظلم منه وجب أن يبين في عريضة الدعوى تاريخ التظلم ونتيجته، كما جاء فيها أنه لا يقبل الطعن في القرار الإداري إذا لم يستنفد مقدمه كافة طرق التظلم المتاحة له قانوناً، ومنها التظلم إلى ديوان عدالة العاملين الذي يختص بالنظر في الاستئنافات المقدمة من العاملين ضد أي قرار يتعلق بالتعيين أو الترقية أو تطبيق القوانين أو لوائح الخدمة العامة.

وقد يثور التساؤل بشأن تباطؤ الجهة المتظلم لها في إصدار قرارها وعما إذا كان عدم البت في التظلم يبيح للمتظلم رفع طعنه أمام المحكمة الإدارية، جاء ذلك في قضية محمد أحمد الحاج /ضد/ باشري الأمين ومجلس شعبي السجانة[١٦] إن شرط الحصول على الرد في التظلم ضروري قبل رفع الدعوى، ولكن إذا تجاهلت السلطة الإدارية الأعلى التظلم فلا يمكن ترك الأمر معلقاً، وعلى المحكمة قبول الدعوى إذا اتضح لها أن السلطة الإدارية تعمدت تجاهل التظلم بعد أن أخذت الفترة الكافية.

وقد نصت المادة ٤/٥ من قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م {يعتبر رفضاً للتظلم عدم فصل الجهة الإدارية فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليها}.

ثالثاً : الشروط التي تتصل بنتيجة القرار الإداري :

لكي تستطيع إقامة دعوى تعويض إداري لا يكفي أن يكون هنالك قرار إداري معيب، وأن يكون هناك صاحب مصلحة استنفد كافة طرق التظلم المتاحة قانوناً؛ فلابد أن يتصل هذا القرار بنتيجة تتمثل في وقوع ضرر على الطاعن وهذا هو الضلع الثالث والأخير لمثلث دعوى التعويض الإداري.

---

[١٥] مجلة الأحكام القضائية السودانية- نوفمبر ١٩٧٦ ص ٦٢.

[١٦] مجلة الأحكام القضائية السودانية- عام ١٩٨١م ص ٢٠٩.

إذاً فما هو شرط الضرر ؟ وهل يوجد فرق بين الضرر الإداري والمدني؟ وما هو الفرق إن وجد ؟ وما هي شروط مسئولية الإدارة ؟

الضرر هو تسبيب خسارة غير مشروعة للغير وقد نصت المادة {٣٨} من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م على{أن كل فعل سبب ضرراً للغير ألزم صاحبه بالتعويض ولو كان غير مميز}. إذن فلابد أن تكون نتيجة القرار الإداري غير المشروع هو تسبيب ضرر للطاعن، ويشترط كذلك في قيام مسئولية الجهة الإدارية أن تنشأ علاقة سببية بين قرار الإدارة غير المشروع والضرر.

فمناط مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية الصادرة منها هي أن يكون القرار غير مشروع لعيب من عيوب المشروعية (يمثل الخطأ) وأن يلحق بصاحب الشأن الضرر، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا كان القرار سلمياً مطابقاً للقانون فلا تسأل الإدارة عن نتيجته مهما بلغت الأضرار التي تلحق بالفرد من جراء تنفيذه [١٧].

إذاً يمكن القول بأن الضرر الإداري لابد أن يكون نتيجة خطأ الإدارة (أحد عيوب القرار الإداري) بينما يكون الضرر المدني هو الفعل الضار (harmful Act).

إذاً فأركان المسئولية الإدارية هي :

١. ركن الخطأ؛ أي العمل الخاطئ الواقع من الإدارة (القرار الإداري المعيب) (administrative decision defective).
٢. ركن الضرر وهو يلحق بالطاعن (The damage).
٣. رابطة السببية بين الخطأ والضرر.(Chaine Of Causation).

بينما تكون أركان المسئولية المدنية هي:

١. الفعل الضار(harmful Act).
٢. ركن الضرر وهو يلحق بالشخص (The damage).
٣. رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر (Chaine Of Causation).

---

[١٧] شريف أحمد الطباخ- التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية الطبعة الأولي -٢٠٠٦م – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية- ص (١٨٠).

ويشترط في الضرر شرطان أساسيان للحكم بالتعويض هما:

١. أن يكون محققاً أي ذا وجود مؤكد الوقوع فهو ضرر محقق وليس متوقع الحدوث.

٢. أن ينصب على مركز قانوني جدير بالحماية، فيجب أن يقع على حق مقرر وشرعي [18].

المحور الثاني: بيان مقدار وقيمة التعويض:

نصت المادة ٥/١٢ من قانون القضاء الإداري لعام ٢٠٠٥م على أنه {يجوز للقاضي المختص أن يصدر حكماً بالآتي (تعويض المتضرر عن الضرر الناتج من القرار الإداري)}.

ولم يحدد القانون الإداري كيفية تحديد هذه الأضرار وكيف تجبر، وفي هذه الحالة يمكن الرجوع إلى القانون الأصل قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في كيفية جبر الضرر حيث نصت المادة (٣) منه على أن تطبق أحكام هذا القانون على جميع الالتزامات والحقوق الناشئة عن المصادر الآتية:

ب/ المسئولية التقصيرية: وهى المسئولية الناجمة عن الفعل الضار؛ فإصدار قرار إداري معيب بهدم منزل معين هذا الفعل يعتبر ضرراً بالنسبة للطاعن (صاحب المصلحة) إذا ما ثبت أن هذا المنزل سليم وغير آيل لسقوط، فإذا أصدرت الإدارة قراراً بهدمه وجب تعويض صاحب المصلحة، وحرمان شخص من الجلوس للامتحان مع استيفائه للشروط المطلوبة للجلوس للامتحان يعتبر ضرراً لضياع ذلك العام.

إذن فما هو أساس تقدير قيمة التعويض وفقاً لقانون المعاملات المدنية؟ وكيف يتم تطبيق ذلك أمام القضاء؟ وما هي الجهة الملزمة بدفع قيمة التعويض؟ وما هو التعويض الشخصي والتعويض المرفقي؟

لقد نصت م (١٥٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م تحت مسمى تقدير التعويض على أن (تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من

---

[18] المرجع السابق ص (١٨٥).

كسب مراعية في ذلك الظروف الملابسة، وبشرط أن يكون ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار فإذا لم يتيسر لها أن تعين مقدار التعويض تقديراً نهائياً فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير).

والمقصود بما لحق المضرور من ضرر هو الضرر المباشر المترتب على الفعل الضار وأن تكون رابطة السببية قائمة، وما فاته من كسب بأن يكون الكسب متوقع الحدوث ونتيجته راجحة وليس متوقعة الحدوث وفقاً للمجرى العادي للأمور according to the usual course of things كأن تصدر الإدارة قراراً معيباً يقضي بمصادرة بضاعة تاجر محدد من التجار وهذه البضاعة كان يود بيعها في موسم معين، فوفقاً لمنطوق تلك المادة يجب على القاضي تعويض قيمة هذه البضاعة التي صودرت منه وقيمة أرباحها المتوقعة عند بيعها فيما لو ترك وشأنه.

طريقة تقدير التعويض:

نصت م ١/١٥٢ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م على أن {يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين للمدين أن يقدم تأميناً}.

وعبارة تبعاً للظروف جاءت مطلقة أي لم تقيد بظروف الطاعن أو المطعون ضده وهنا فإن القاعدة الفقهية تنص على أن المطلق يعمل به على إطلاقه مالم يقيد، فقد يكون الخطأ من جهة الإدارة خطأ شخصياً يلتزم به رجل الإدارة دون المرفق فيحكم القاضي بأن يستقطع من مرتب رجل الإدارة مبلغ التعويض وأن يتحمله وحده دون الجهة الإدارية التي يعمل فيها ويكون على أقساط وخلال فترة زمنية محددة ويمكن أن يكون بضمان المرتب، أيضاً يراعى ظروف الطرف المضرور بحيث لا يتأثر كذلك بطول مدة الأقساط والانخفاض المضطرد في قيمة العملة، تقسيط مبالغ التعويض أم خلافها تترك للسلطة التقديرية للمحكمة وفقاً لظروف وملابسات كل قضية على حدة.

الأصل في التعويض أن يكون نقداً ولكن يجوز أن يحكم القاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٥٤ من ذات القانون ولكن المحكمة لا تميل إلى ذلك بسبب عدم إدخال

الإدارة في أمور قد لا تكون وظيفة من وظائفها، ولأن الإدارة تحرص دوماً على تحقيق الصالح العام فلا تحكم المحكمة بجبر الإدارة على القيام بأعمال مباشرة لتحقيق الصالح الخاص لحق المضرور.

- وهنالك مبدأ مهم في التعويض وهو إنقاص التعويض لاشتراك المضرور في إحداث الضرر فنصت م ١٥٥ أن للمحكمة أو القاضي إنقاص مقدار التعويض بنسبة اشتراك المضرور في إحداث الضرر أو زيادته، وقد جاء في سابقه ميشيل قطران /ضد/ مجلس بلدي الخرطوم ما يفيد تلك المادة، تتلخص القضية في أن ميشيل دُعي إلى حفل أقامته السفارة العراقية بالخرطوم، ونسبة لازدحام الشارع الرئيسي فضل أن يسلك طريقاً مختصراً جانبياً قليل الإضاءة، وأثناء سيره فيه وقع في مجرى لتصريف المياه الذي لم يكن مغطاً فكسرت رجله، فأقام دعوى ضد مجلس بلدي الخرطوم، فقضت المحكمة بإهمال مجلس بلدي الخرطوم في أنه لم يعمل ما يفيد بوجود مصارف غير مغطاة ولم يطالب المجلس البلدي بعمل غطاء للمجاري نسبة لتكاليفها، فقضت بوجود إهمال مشترك من جانب المدعى والمجلس وذلك لعدم سلوكه للطريق الرئيسي، فخفضت من قيمة التعويض بمقدار اشتراك المدعى في الخطأ الذي أوجب التعويض.(١٩)وتلك السابقة خير مثال للإهمال المشترك وإشراك المضرور في إحداث الضرر.
- وقد يثور تساؤل آخر في هذا المقام وهو هل هنالك معايير محددة لتقدير قيمة التعويض التي حددها القضاء؟
- أجابت على هذا التساؤل المحاكم الإدارية في كل من مصر والسودان، حيث ذهبت المحكمة الإدارية المصرية العليا إلى أنه { لا يوجد في القانون نص يلزم المحكمة بإتباع معايير معينة في خصوص تقدير مبلغ التعويض، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إن هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة؛ ما دامت قد ناقشت كل عنصر من عناصر الضرر المستوجب للتعويض، وبينت وجه أحقية

---

(١٩) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٥٨- ص(٨٥).

طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته، والأصل أن الضرر المباشر المستوجب للتعويض إنما يقوم على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته، ومع ذلك فإن الطاعن لم يقدم في مرحلة الطعن أي مستندات أخرى تثبت أن أضراراً أخرى قد لحقته في مرحلة الطعن، إنما قد اكتفى بالمستندات التي قدمها أمام محكمة أول درجة، والقاعدة أن الضرر لا يفترض، وإنما على المضرور إثباته بكافة طرق الإثبات، ومن حيث إنه فيما ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد بالأضرار الأدبية التي لحقته نتيجة لإلغاء العملية، وما كان سيحققه من مكاسب أدبية بجانب المكاسب المادية التي تدعم مركزه الأدبي في السوق وتضاف إلى أعماله السابقة، فإنه وباستقراء الحكم المطعون فيه يبين أن محكمة أول درجة قدرت التعويض الإجمالي الذي قضت به للخسائر التي لحقت بالمدعي (الطاعن) دون تحديد للأضرار المادية أو الأدبية، أيضاً ولا يعيب الحكم أنه أدمج الضرر المادي والضرر الأدبي معاً، فقدرت التعويض عنهما بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما، فليس هذا التخصيص يلازم قانوناً}[٢٠].

- من مناقشة تلك السابقة التي أوضحت لنا جزئية مهمة وهي مسألة تحديد الضرر الواقع ففي الممارسة العملية في المحاكم السودانية على وجه الخصوص يذكر فقط مبلغ التعويض وخاصة في الضرر الأدبي، ولكن تلك السابقة أوضحت أن عناصر التعويض التي تطرقنا إليها سلفاً يجب إثبات كافة عناصرها، وتحديد خطأ الإدارة الموجب للتعويض ومن ثم يتبين اختصاص المحكمة التي سوف تنظر وتقدر قيمة التعويض، فإن كان الخطأ ناتجاً عن قرار إداري فالمحكمة المختصة هي المحكمة الإدارية وإن كان ناتجاً عن خطأ مادي للإدارة فالمحكمة المدنية هي المختصة بتقدير التعويض، أيضاً ناقشت الضرر المستوجب للتعويض وهو الضرر المباشر المحقق الوقوع، وأيضاً فوات الكسب والمقصود به الكسب

---

[٢٠] حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا بالرقم ٤٩٦و٥٢٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩/٣/١٩٩١م– ص ٥٠٤.

المباشـر المتوقـع التحقـق وفقـاً للمجـرى العـادي للأمـور، والـذي لـولا تـدخل الإدارة الضار لتحقق الكسب بإذن الله تعالى.

- وقد نحت المحاكم السودانية نفس المنحى في تقدير التعويض، جاء ذلك في سابقة الشركة السودانية المحدودة لتأمين العربات/ضد/ آمنة حاج الحسن وآخرين { بأن تقدير التعويض مسألة موضوعية تستغل بها محكمة الموضوع، وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها ولا يخضع قضاؤها بوجه عام لرقابة السلطة الاستئنافية إلا في بعض الحالات كأن يسقط الحكم اعتبارات دون سند من القانون}[٢١].

كما ذهبت في سابقة الشركة السودانية المحدودة لتأمين العربات /ضد/ زينب إدريس {استقر القضاء على أن لا تتدخل المحكمة العليا فيما قررته محكمة الموضوع من تعويض إلا إذا كان قليلاً جداً أو مبالغاً فيه بالقدر الذي يثير الدهشة والاستغراب، ويؤخذ في الاعتبار في تقدير التعويض الإصابات التي لحقت بالمدعي ومدى خطورتها، والمدة التي يبقى فيها المصاب تحت العلاج والمعاناة والآلام التي قاساها، وحرمانه من مباهج الحياة ومسراتها، وتأثير الحادث على ما بقي من عمره، وكذلك انخفاض سعر العملة وارتفاع الأسعار وما طرأ على الحياة الاجتماعية والاقتصادية من تغيير في السنوات الأخيرة}[٢٢].

وجاء في سابقة الشركة السودانية المحدودة لتأمين العربات /ضد/ عبد الرحمن قسم السيد{إن إثبات التعويض الخاص لا يتطلب تقديم مستند عن كل جزء من النفقات فالقول بهذا في ظروف المجتمع السوداني إنما يرقى إلى تعجيز المدعي وحرمانه من التعويض الخاص كلية، وذلك لأن نفقات المعيشة والتنقل وما إلى ذلك من النفقات هي بطبيعتها مما لا يمكن تقديم مستند بشأنها، والتسليم بحتمية وجود نفقات لا مفر

---

[٢١] مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٠- ص(٥١).

[٢٢] مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٩.

منه، وبعد ذلك يكون للمدعى عليه دحض تلك الأدلة، وللمحكمة في النهاية أن تضع وتحكم كل ذلك لمعيار المعقولية }[٢٣].

ومن خلال إيرادنا لتلك السوابق يمكن أن نبين مؤشرين :

الأول: أن المحكمة لم تفرق في أحكامها بين التعويض المدني والتعويض الإداري إلا في فرق وحيد نابع من طبيعة الشخص مرتكب الفعل الضار؛ ففي التعويض المدني لابد من وقوع فعل سبب ضرراً (Harmful Act) أما في الدعوى الإدارية فلا بد من خطأ الإدارة إما نتيجة قرار إداري معيب (administrative decision defective) أو نتيجة تدخلها المادي الضار(Harmful Act).

الثاني: أن التعويض الإداري سواءً في النظام القانوني السوداني أو المصري يكاد يكون متطابقاً في تعريفه وعناصره ومتطلبات الحكم به.

صور عملية متكررة لأخطاء الإدارة والموجبة للتعويض:

تأخير الإجراءات: وتعنى امتناع الإدارة سواء عمداً أو إهمالاً عن القيام ببعض الأعمال التي يوجبها القانون على ادائها عند استيفاء شروط محددة، ومن أمثلة ذلك قيام هيئة الجمارك بإجراءات دخول بضاعة معينة، فإذا ما أخرت دخول تلك البضاعة حتي فوتت كسباً متوقعاً لمالكها، تكون مساءلة على ذلك، ولكن هل أي تأخير من الإدارة يحاسب عليه قانوناً؟ هنا يجب التفرقة بين أمرين الأول ما إذا كانت الإدارة قامت بواجب بذل العناية المطلوبة من جانبها ومع ذلك حصل التأخير ويقع عبء إثبات قيامها ببذل العناية عليها، فهنا لا يقع عليها أي تعويض. أما إذا كان هنالك قصور من جانب الإدارة في بذل العناية اللازمة أدى إلى التأخير فإنها تلزم بالتعويض عما فات المضرور من كسب وما لحقه من ضرر.

ضياع المستندات: وتلك توجد بكثرة هذه الأيام وتترتب عليها أضرار بالغة خاصة فيما يتعلق بحقوق الأفراد، ومثال ذلك ضياع ملف استحقاقات منح الأراضي

---

[٢٣] مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٩.

السكنية، وتلك في حد ذاتها بينة مبدئية على إهمال الإدارة وهي بينة قابلة لإثبات العكس، فالموظف يقع على عاتقه بذل العناية اللازمة، ولكن هل هذا الخطأ يستوجب التعويض؟ وهل يتم رفع دعوى التعويض بناءً على وجود عيب في القرار الإداري أم خطأ الإدارة المادي؟ وما هي المحكمة المختصة؟

القاعدة العامة هي وجود ضرر، فإذا ما أثبت الطاعن أن ضياع تلك المستندات سبب له أضراراً مباشرة توفر موجب التعويض أو أركانه الثلاثة، أما عن سبب الدعوى فهنا لا نجد أنفسنا أمام قرار إداري بل وجود فعل ضار سبب الضرر (damage)، وإذا ما أثبت الطاعن أركان التعويض يتم رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية وذلك لعدم وجود قرار إداري، ويتم تعويض المضرور وفقاً للقواعد العامة من مال الموظف وليس مال المرفق؛ لأن الإهمال هو إهمال الموظف وليس المرفق، ولو أن الموظف قام ببذل العناية الكافية لما ضاعت تلك المستندات، أما إذا كان الضياع لسبب لا يد فيه للموظف كاحتراق المستندات نتيجة لالتماس كهربائي مثلاً فيعوض المضرور من مال المرفق لعدم ثبوت إهمال الموظف. وهذا يقودنا مباشرة إلى الجهة الملزمة بدفع التعويض فما هي؟.

الجهة الملزمة بدفع التعويض:

إن مناط مسئولية الإدارة عن أعمالها هو وجود خطأ من جانبها، وتلتزم بدفع تعويض لأحد المتضررين عن ضرر أصابه، فإذا كان الخطأ في حقيقته لا ينصرف إلى الإدارة في ذاتها وإنما يرجع إلى خطأ الموظف فإن الإدارة لا تسأل عن الخطأ- فالمتضرر لا يعوض عن الضرر الذي أصابه إلا إذا كان الضرر بسبب خطأ وقع من الموظف- فالخطأ الذي صدر من الموظف يعتبر سبباً كافياً لحصول المتضرر على التعويض[٢٤]. ومما لا شك فيه أن الإدارة هي شخصية اعتبارية وليست طبيعية وبالتالي لا يمكن أن تخطئ، والذي يخطئ هو الموظف القائم على الأمر، ولكن جرى الفقه

---

[٢٤] د. سامي حامد سليمان – نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسئولية الإدارية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى – ١٩٨٨م – مكتبة النهضة المصرية- ص ١٠١.

الإداري المقارن على اعتبار أن الموظف في ظروف معينة قد يستطيع دفع التعويض للمضرور من ماله الخاص، وفي ظروف أخرى تتحمل الجهة الإدارية تبعة ذلك التعويض، فمتى يتحمل الموظف خطأه الشخصي؟ ومتى تتحمل عنه الجهة الإدارية خطأه؟. وباستقراء اتجاهات القضاء الإداري الفرنسي بوجه عام نجد أنه يقسم الأخطاء التي يرتكبها الموظف إلى نوعين:

الأول: الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظف خارج نطاق الوظيفة ولا علاقة لها بالخدمة- الخطأ المنفصل عن الوظيفة- ويقصد به أن الضرر يرتبط دائماً بعمل يرتكب بواسطة الموظف العام، وحسب الصبغة التقليدية للعلامة (Laferriere) إن الخطأ الشخصي ينفصل بوضوح عن الخدمة التي تكشف عن الإنسان بضعفه وعواطفه وتهوره[٢٥]. ومثال لها قام أحد المحافظين وموظف البريد بحجز إعلانات انتخابية تخص أحد المرشحين للانتخابات العامة، فهنا ستستشف المحكمة سوء النية من تلك التصرفات[٢٦].

ومن صورة الخطأ العمدي: اتجاه نية الموظف إلى إلحاق الأذى بالغير فقد عرفه العلامة (Laferriere) بأن الموظف يهدف من ورائه إلى تحقيق مصلحته الشخصية ومنفعته الذاتية وتحقيق أغراضه الخاصة التي لا تتعلق بالصالح العام، فإن خطأه في هذه الحالة يسأل عنه الموظف من ماله الخاص ويستوجب مسئوليته الشخصية. ومن صوره أيضاً الخطأ الجسيم؛ وهو الذي يجاوز المخاطر العادية للوظيفة أي هو ذلك الخطأ الذي لا يمكن قبوله أو إيجاد عذر لارتكابه ولا يمكن التسامح فيه حتى بالنسبة للموظف غير المتوسط، وإن كانت مشكلة تحديد من هو الموظف المتوسط محل جدل بين الفقه وتحديد معنى الجسامة كذلك[٢٧].

---

[٢٥] المرجع السابق صفحة ١٠٥.

[٢٦] نفس المرجع ذات الصفحة.

[٢٧] أورده د. سامي جمال مرجع سابق ص ١١١- نقلاً عن- Francois, Paul Benoit =Ledroit administrative France, 1968-P-727.

أما دون ذلك من أخطاء فهي تعد من قبيل الأخطاء الدقيقة ويعوض المضرور من مال المرفق العام.

النوع الثاني: اتجاهات القضاء المصري في التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي :

جاء في حكم محكمة النقض المصرية (أن فكرة التمييز بين الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف وبين الخطأ المرفقي الذي ينسب لجهة الإدارة، فالمسئولية المدنية لا تقع على عاتق الموظف المتسبب في الضرر إلا عندما يكون الفعل أو الإهمال الواقع منه يصدق عليه وصف الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف وحده ولا يعتبر ما وقع من الموظف خطأ شخصياً إلا إذا كان خطؤه جسيماً أو كان مدفوعاً بعوامل شخصية قصد بها مجرد النكاية أو إيذاء أو تحقيق منفعة ذاتية له أو لغيره، كما أنه لا يجوز لجهة الإدارة الرجوع إلى الموظف المخطئ بما حكم به عليها من تعويض إلا إذا كان الخطأ الواقع منه شخصياً ينسب إلى الموظف المخطئ دون الخطأ المصلحي الذي ينسب لجهة الإدارة)[٢٨].

ومن تلك السابقة نرى أنها وضعت عاملين لاعتبار أن الخطأ خطأً شخصياً وهما.

١- جسامة الخطأ، أي عندما يكون الخطأ جسيماً من الموظف يعتبر خطأً شخصياً.

٢- سوء النية، أي إذا عرف قصد الموظف من الفعل الخاطئ؛ لأنه ارتكبه بسوء قصد يعتبر كذلك خطأً شخصياً وتواترت السوابق القضائية المصرية في التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي في نفس المنحنى وقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا (...فمعيار الخطأ الشخصي حسبما استقر على ذلك القضاء الإداري، إذا كان العمل الضار مصطبغاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره، أو كان خطؤه جسيماً يصل إلى حد ارتكاب جريمة يعاقب عليها)[٢٩].

---

[٢٨] حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الصادر في جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠م في الطعن رقم ٩٣٣- لسنة ٤٩ق.

[٢٩] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية- جلسة ١٩٧٢/٣/٢٧م في القضية رقم ١٠٥٤- لسنة ٥٤ ق السنة ٢٦ ص ٨١.

ومسألة نية الموظف يمكن الوصول إليها عبر معرفة الهدف النهائي من الفعل الضار ومن الخطأ، فإذا كان هدف الموظف هو تحقيق الهدف المخصص له، أو في حالة عدم وجود الهدف المخصص يبتغي تحقيق الصالح العام يكون حسن النية وهذا يعني أن خطأه هو من الأخطاء المصلحية أما إذا كان هدفه من فعله مجانبة الهدف المخصص لقراراته أو مجانبه المصلحة العامة لتحقيق مصالح ذاتية أو لتحقيق أضرار للغير يعتبر خطأه شخصياً يسأل عنه من ماله الخاص.

اتجاهات النظام القانوني السوداني في التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي:

لقد عالج قانون المعاملات المدنية السوداني في بعض المواد هذا الموضوع وهي:

جاء في المادة ١٤٤ منه تحت عنوان مسئولية الموظف العام { لا يكون الموظف العام مسئولاً عن فعله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبه، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبيناً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر اللازمين}.

فإذا اتسم الموظف حسن النية في فعله بالحرص في أداء تلك المهام ووقع الخطأ الذي سبب الضرر يكون الموظف هو المسئول عن التعويض بنص هذه المادة وتلك هي المسئولة المرفقية أو الخطأ المرفقي.

ولقد وردت في نص المادة (١٦٢) أمثلة لبعض الأضرار الوظيفية تحت عنوان (بعض أنواع الإضرار الشخصي أو الوظيفي والمهني) والمواد (١٦١، ١٦٠) ،والمادة١٦٠/١{ كل شخص يكون مستخدماً لدى آخر أو يتولى عملاً لآخر يسبب إضراراً بالآخر أو بالغير استغلالاً لوظيفته أو استهتاراً بواجباتها أو إهمالاً غير مبرر في أدائها شخصياً؛ يكون مسئولاً شخصياً بتعويض الضرر الذي سببه للغير}.

ووضعت هذه المادة معياراً للتميز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وذلك بالآتي:

- معيار حسن النية، وحسن النية كما هي معروف قانوناً بأنه سلامة المقصد مع اتخاذ الحيطة والحذر اللازمين[٣٠]، فسوء النية يجعل فعل الموظف شخصياً يسأل عنه من ماله.
- وقد جاء في المادة (١٦٢)[٣١]بعض الأمثلة للأخطاء الشخصية وقد حددت معياراً لها وهي:

---

[٣٠] المادة (٣) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م (حسن النية تعني سلامة المقصد مع اتخاذ الحيطة والحذر اللازمين).

[٣١] المادة ١/١٦٢ {يعتبر تعطيل الخدمات أو حرمان الغير من خدمة أو من منفعة مشروعة عمدا أو دون عذر مشروع) والمحاباة دون سبب مشروع أضرارًا وظيفياً أو مهنياً بالغير.}

٢) دون المساس بعموم البند (١) يعتبر إضرار شخصيا وظيفيا أو مهنيا الأفعال الآتية :-

(أ) إعطاء أدوية غير صحيحة تضر بصحة الشخص المعالج دون اتخاذ الحيطة والحذر اللازمين وكذلك الإضرار بالمريض عن طريق التفريط في الواجبات الوظيفية أو المهنية دون اعتبار لخطورة ذلك على صحة المريض أو إجراء عمليات إجهاض غير قانوني أو ختان غير قانوني أو إجراء عمليات جراحية بإهمال جسيم لا يتصور وقوعه من الشخص العادي في المهنة وفي ظروف الحال،

(ب) تعطيل التحري أو الإعلان أو الفصل في القضايا أو إجراءات العدالة دون سبب مقبول وإصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين،

(ج) إصدار شهادات مختومة أو ممهورة مزورة سواء أكانت هذه الشهادات مهنية أو إدارية أو طبية أو هندسية أو قضائية أومن أي نوع آخر مما يمكن استخدامه لإلحاق الضرر بالغير أو بالمصلحة العامة أو لتحقيق منفعة شخصية.

(د)استغلال المنصب أو الوظيفة أو المهنة لمضايقة الغير أو تعريضه لخسائر غير مشروعة أو لإصدار تراخيص أو وثائق رسمية لغير مستحقيها قانوناً أو عرفاً لتحقيق أي منفعة شخصية غير مشروعة للغير أو إلحاق الضرر بالغير.

(هـ) إعطاء نصح مهني مضلل بقصد إلحاق الضرر بالغير أو استهتاراً بحقوق طالب النصح دون اعتبار لمقتضيات الاجتهاد العادي المتوقع من مقدم النصح،

٣) إذا كان الغير هو الدولة فيجوز أن يكون إضراراً شخصياً وظيفياً أو مهنياً، المحاباة غير المشروعة في) أي أمر عام أو ذي صبغة عامة، واستغلال الستار الوظيفي لتحقيق صفقات خاسرة أو وهمية أو منفعة خاصة أو إجراء مفاوضات تضر بالدولة سواء أكان ذلك لمجرد الطيش وعدم المبالاة أم لتحقيق منفعة شخصية أو منفعة للغير وكذلك إعداد تقارير كاذبة أو مضللة في أي أمر ذي صبغة عامة أو متعلقاً بموظف عام نفعاً أو ضرراً.

٤) الإضرار الشخصي الوظيفي أو المهني يفترض إذا كان الضرر من الجسامة بحيث لا يعقل وقوعه دون) إهمال جسيم أو وسوء قصد.

١. معيار النية، وهذا ما يتسق مع الفقرة (ب) من المادة {... دون سبب معقول} فالأفعال التي لا تكون بسبب معقول دائماً ما تكون النية أو القصد منها غير مشروع.

٢. معيار جسامة الخطأ، فكل الأمثلة المتضمنة في تلك الفقرات من المادة هي من الأخطاء التي لا يمكن أن تقع من الموظف في الظروف العادية إذا اتخذ الحيطة والحذر وقام بواجبه على أكمل وجه. أما عن الأخطاء المرفقية:- فقد نصت المادة ١٤٤ من قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م على أنه (لا يكون الموظف العام مسئولاً عن فعله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدور إليه من رئيسه المباشر متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبيناً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر اللازمين).

تلك المادة ذكرت أنه إذا وجدت حسن النية من الموظف ثم اتبع التعليمات – أي أنها بسبب العمل – من رئيسه المباشر واتخذ جميع إجراءات الحيطة لا يسأل الموظف عن التعويض ولكن يمكن الرجوع بالتعويض على المرفق ونكون هنا أمام خطأ مرفقي.

إذن يمكن أن نقول إن الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي يقع من الموظف العام أثناء قيامه بعمل أو بسببه وتحت إمرة أو إشراف رئيسه المباشر وهنا يتكفل المرفق بتعويض الشخص المضرور.

أما إذا ارتكب الخطأ من الموظف وكان سيء النية أو تعمد تسبيب الضرر أو تعمد مخالفة الأهداف المخصصة له لتحقيق مصالح ذاتية ضيقة لا تتصل بالصالح العام، أو خالف الصالح العام إلى المصلحة الخاصة يكون الخطأ هنا خطأ شخصياً ويترتب عليه تعويض المضرور من مال الموظف الخاص وللقاضي سلطة تقديرية في بيان ذلك ويمكن أن يعمل على تقسيم المسئولية بين الموظف والمرفق بالنسبة التي يراها محققة للعدالة، ويحدد نوعية الضرر ومساهمة الموظف المباشرة فيه.

يمكن القول أن الفقه العام يكاد يتفق حول الملامح العريضة للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في كل من النظام الفرنسي والمصري والسوداني.

أهم نتائج البحث:

1. التعويض الإداري هو التعويض الناتج عن خطأ الإدارة عند إصدارها لقرار إداري معيب بأحد عيوب القرار الإداري الأربعة (عيب الشكل، عيب الاختصاص، عيب مخالفة القانون، عيب إساءة استعمال السلطة) ويشترط تحقيق ضرر مباشر ومقدر للشخص المضرور.
2. أركان المسئولية الإدارية في السودان هي:
   أ. ركن الخطأ (القرار الإداري المعيب).
   ب. ركن الضرر أن يتحقق الضرر بالنسبة للشخص المضرور(The damage) .
   ج. رابطة السببية بين الخطأ والضرر (Chain of causation).
3. مقدار قيمة التعويض الإداري يتحقق وفق الأسس الآتية:
   أ. إرجاع الطرف المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر.
   ب. تعويض الشخص المضرور عما فاته من كسب محقق الحدوث فيما لو لم تتدخل الإدارة بقرارها المعيب وكان سيحقق الربح وفقاً للمجرى العادي للأمور.
   ج. يجوز للمحكمة تقسيط التعويض أو المطالبة بدفعه جملة واحدة حسب ظروف كل قضية على حدة.
   د. ينقص من قيمة التعويض بمقدار اشتراك المضرور في الخطأ.
   هـ. يقع باطلاً كل شرط أو نص يعفي الإدارة من المسئولية المترتبة عن فعلها.
   و. تكون العبرة في تقدير قيمة التعويض بقيمة الضرر وقت الحكم بالتعويض وليست بقيمته وقت وقوعه.
   ز. يجوز للمحكمة أن تنتهي بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر من عناصر الضرر على حدة، وبينت أوجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته.
   ح. إذا كان الضرر الواقع على الشخص المضرور متعلقاً بضرر جسماني أصابه نتيجة لخطأ الإدارة فيؤخذ في الاعتبار تقدير الإصابات التي لحقت المدعي

ومدى خطورتها، والمدة التي سيتلقى فيها المصاب العلاج وتكاليف العلاج والمعاناة والآلام التي قاساها، وحرمانه من مباهج الحياة ومسراتها، وتأثير الحادث على ما بقي من عمره.

٤. الجهة الملزمة بدفع التعويض فهي إما أن تكون جهة الإدارة وذلك بالشرط الآتي:

أ. أن يقع الضرر نتيجة القرار الإداري المعيب لكن بحسبان أن يكون مصدر القرار يبتغي تحقيق المصلحة العامة أو الهدف المخصص الموضوع للإدارة لتحقيقه.

ب. أن يكون صدور القرار بحسن نية.

ج. ألا يكون من الأخطاء الجسيمة التي حددها قانون المعاملات المدنية في المادة ١٦٢ منه والخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص آخر بنفس المؤهلات في الظروف العادية.

٥. أو أن يكون الخطأ شخصياً ويلزم الموظف بدفعه من ماله الخاص ويكون بالشروط الآتية:

أ. أن يقع الضرر نتيجة القرار الإداري المعيب وأن يكون مصدر القرار قد ابتغى تحقيق مصلحة خاصة أو خالف الهدف الموضوع والمحدد له.

ب. أن يقع ذلك بسوء نية.

ج. أن يكون من الأخطاء الجسيمة التي حددها (قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤) ١٦٢، أو يكون خطأ عمدياً.

٦. يمكن أن يتم دفع التعويض بالتضامن ما بين الإدارة والموظف وذلك في حالة الاشتراك في تسبيب الضرر حسب القواعد السابقة.

7. لا يختلف مقدار قيمة التعويض إذا ما كانت جهة المرفق هي المتكفلة أم الموظف من ماله الخاص وذلك لأن تقدير التعويض ينبني على مسائل موضوعية وفقاً لقواعد ثابتة لا تختلف باختلاف الأشخاص.

المصادر والمراجع:

١- شريف أحمد الطباخ- التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية الطبعة الأولى - ٢٠٠٦م – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية.

٢- أ. د. سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة – الطبعة السادسة – ١٩٩١م – مطبعة عين شمس.

٣- د. طعيمة الجرف – رقابة القضاء على أعمال الإدارة - وقضاء الإلغاء – ١٩٧٧م.

٤- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - القرارات الإدارية في فقه وقضاء مجلس الدولة ٢٠٠٧م دار الفكر الجامعي – الاسكندرية.

٥- د. يوسف حسين محمد- القضاء الإداري مبادئه ونظرياته في النظام- الإسلامي ٢٠٠١م الخرطوم.

٦- أ. د. محمد الشيخ عمر – قانون الإجراءات المدنية السوداني – الجزء الثاني – أحكام الطعن وإجراءات التنفيذ - ٢٠٠٤ الطبعة السابقة –الخرطوم.

٧- د. سامي حامد سليمان – نظرية الخطأ الشخصي في مجال المسئولة الإدارية – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- ١٩٨٨ – مكتبة النهضة المصرية.

ثانياً :القوانين:

١- قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م.

٢- قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

٣- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م.

٤- قانون الخدمة المدنية لسنة ٢٠٠٧م.

٥- لائحة محاسبة العاملين بمؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي لسنة ١٩٩٤م.

ثالثاً: السوابق القضائية السودانية:

١- الهيئة المركزية للمياه والكهرباء / ضد/ محمد أحمد حامد - مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٢ ص ٨٥.

٢- لجنة مسجد الفكي خليل بالجريف شرق/ ضد/ قرار النائب العام ووالي ولاية الخرطوم مجلة الأحكام القضائية السودانية.

٣- معتمد العاصمة القومية / ضد/ فريق نادي النيل الرياضي- مجلة الأحكام القضائية السودانية.

٤- جمهورية السودان /ضد/ مكي على الأزهري – مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٦ ص ٦٢.

٥- محمد أحمد الحاج /ضد/ باشري الأمين ومجلس شعبي السجانة – مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨١ ص ٢٠٩.

٦- ميشيل قطران/ضد/ مجلس بلدي الخرطوم – مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٥٨ ص ٨٥.

٧- الشراكة السودانية المحدودة لتأمين العربات /ضد/ آمنة حاج الحسن وآخرون مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٠ ص ٥١.

٨- الشركة السودانية المحدودة لتأمين/ضد/ زينب إدريس – المجلة القضائية لسنة ١٩٧٩م.

٩- الشركة السودانية المحدودة للتأمين /ضد/ عبد الرحمن قسم السيد المجلة القضائية لسنة ١٩٧٩م.

رابعاً: السوابق القضائية الأجنبية:

١- حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا رقم ١٣٦٥ لسنة ١٢ ق جلسة - ١٩٦٩/١١/٢٩م.

٢- حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا- طعن رقم ٢٥٠٩ لسنة ٣٩ ق- جلسة ٢٢/٨/ ١٩٩٣ م.

٣- حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا بالرقم ٤٩٦و٥٢٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩/ ٣/ ١٩٩١م- ص ٥٠٤.

٤- حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الصادر في جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠م في الطعن رقم ٩٣٣- لسنة ٤٩ق.

٥- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية- جلسة ١٩٧٢/٣/٢٧م في القضية رقم ١٠٥٤- لسنة ٥٤ ق السنة ٢٦ ص ٨١.

٩/ حقوق المرأة وشبهة التمييز ضدها
بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية

د. فاطمة فتح الرحمن علي عبد الرحمن
أستاذ مشارك – كلية القانون– جامعة النيلين
السودان–الخرطوم

مقدمة:

الحمد لله رب العاملين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد

لا شك أن حقوق الإنسان التي أقرها الإسلام وأعطاها الإنسانية تهدف في المقام الأول إلى تشريف البشر وصون كرامتهم وإزالة القهر والظلم عنهم، فهي حقوق شديدة الصلة بالإيمان بالله سبحانه وتعالى وحده لا شريك له الذي أنزل الشريعة السمحاء، ولذلك فإن حقوق الإنسانية منحة من الله سبحانه وتعالى لا سيما حقوق المرأة التي تعتبر جزءاً من هذه الإنسانية. وبالتالي لا يملك أحد من البشر انتهاك هذه الحقوق أو تقييدها.

الإسلام دين فطرة يرسم للإنسانية طريقها الأفضل إلى الحق والخير، دون أن يكلفها رهقاً من أمرها وعسراً، فالإسلام لا يبقي أحكامه وتشريعاته خالية من المبررات التي تطمئن بها العقول الراجحة والنفوس الصافية، مما يؤدي إلى تطور الحياة الإنسانية وتقدمها ورقيها، وبالتالي يصلح لكل زمان ومكان.

الشريعة الإسلامية هي الأسبق في إعلان حقوق الإنسان بمفاهيمها الواسعة السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية وبضماناتها الكاملة الملزمة قبل أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، كما كفلت للمرأة حماية شخصيتها بشقيها المادي والمعنوي ضماناً لعدم التفكك الاجتماعي والانحلال الأخلاقي. ومهما كان ما جاءت به الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان فهي عاجزة عما جاءت به الشريعة الإسلامية من

أصول ومبادئ خالدة على مر الزمن، تفوق ما تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات اللاحقة عليه، فالشريعة الإسلامية الغراء أسبق في قواعدها وأكثر احتراماً للحقوق.

إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أكد احترام حقوق الإنسان والحريات دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، فإن القرآن الكريم أكد على عدم التمييز وأن أكرم الناس عند الله أتقاهم. قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)(سورة الحجرات، الآية١٣).

وإذا كانت بعض الحضارات أو الشعوب فاضلت وفرقت بين الذكر والأنثى، فإن الإسلام أبطل هذه العادات يوم أعلن أن الناس جميعاً جاءوا إلى هذه الحياة عن طريق الذكر والأنثى معاً، وليس عن طريق الذكر وحده، كما جعل ما يصدر من الذكر والأنثى من عبادات بمنزلة واحدة على السواء أمام الله، وكذلك يقع الجزاء بلا فرق بينهما. قال تعالى: (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ (سورة النحل، الآية ٩٧). وقال صلى الله عليه وسلم (إن النساء شقائق الرجال).

فالرجل والمرأة في الإسلام هما الشقان المكونان للنفس الإنسانية، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) (سورة النساء، الآية ١).

فالمرأة في الإسلام لها حقوق اجتماعية وسياسية واقتصادية متساوية رغم أن هنالك اختلافات بيولوجية وفسيولوجية ونفسية بين الرجل والمرأة، اختلافات استشهد بها البعض وأعدها دونية للمرأة والصحيح أنها أساس لتكامل دور المرأة في المجتمع والأسرة.

خلاصة القول أن الإسلام ضمن للمرأة حقوقاً ما زالت حتى يومنا هذا محرومة منها ولا يستطيع أي قانون أن يوفرها لها مهما كان هذا القانون براقاً لامعاً يحظى

بحماية التنظيمات الدولية. فمفهوم الغرب لحقوق الإنسان والتي فرضها عالمياً على الشعوب الأخرى للسيطرة عليها وسط هيمنته ونفوذه لتحقيق مصالحه القومية والسياسية والاقتصادية عبر العلاقات الدولية باستغلال مصطلح حقوق الإنسان لتدمير الإنسان وزعزعة استقرار الدول التي ترفض الانضمام لهذه المواثيق والاتفاقيات الدولية والخضوع لها والتبعية للنظام العالمي الجديد.

فالإسلام يحفل بالحقوق والحريات لأنها من الضرورات التي أوجبتها الشريعة الإسلامية وأمرت بحفظها.

أهمية البحث:

١- بيان أهمية دور المرأة في المجتمع المسلم باعتبارها الشق الثاني المكون للنفس الإنسانية وتسليط الضوء على الحقوق التي كفلها لها الإسلام.

٢- إزالة شبهة التمييز التي يستشهد بها البعض لدونية المرأة في الإسلام والمتعلقة بقضايا الميراث ونصيب المرأة الذي يقل عن نصيب الرجل، وحكم شهادة المرأة واعتبارها إلى النصف من شهادة الرجل. والصحيح أن هذه الأشياء لا تقلل من دور المرأة المتكامل في المجتمع والأسرة المسلمة.

٣- بيان الفرق بين الحقوق والمبادئ الأخلاقية في النموذج الإسلامي والمبادئ والحقوق في المواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

٤- بيان القيمة القانونية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية بلا تمييز بينهم دون تفريق بين الرجال والنساء في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية.

التساؤلات التي يثيرها البحث:

أولاً : ما مدى كفالة الشريعة الإسلامية لحقوق الإنسان ولا سيما حقوق المرأة على وجه الخصوص؟

ثانياً : ما مدى كفالة المواثيق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ولا سيما حقوق المرأة الخاصة؟

ثالثاً : هل هنالك شبهة تمييز حول حقوق المرأة في الإسلام؟

رابعاً : هل هناك قيمة قانونية لهذه المواثيق والاتفاقيات الدولية داخل الدول؟

منهج البحث:

المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة وثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق والاتفاقيات الدولية.
- المبحث الثاني : حقوق المرأة في الإسلام وفي الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.
- المبحث الثالث: شبهة التمييز ضد المرأة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.
- النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الاتفاقيات الحديثة

لا شك أن الشريعة الإسلامية قد كفلت حقوق الإنسان من قبل كل الاتفاقيات والمواثيق الدولية، فالإسلام لم يفرق أو يميّز بين الناس بسبب الأصل أو العرق أو الدين، أو اللغة، فالجميع أمام شرع الله سواء، وتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية لا فرق بين شخص وآخر، بينما جاء الاهتمام بحقوق الإنسان من قبل هيئة الأمم المتحدة والجمعيات والمنظمات بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية فعرفت فرنسا إعلانات حقوق الإنسان في سنة ١٧٨٩م عند قيام الثورة الفرنسية، وانجلترا عرفت عدداً من إعلانات الحقوق في صورة وثائق تاريخية قديمة جداً وتحد من سلطات الملك مثل

العهد الأعظم (الماجناكارتا) سنة ١٢١٥م في عهد الملك جون وملتمس سنة ١٦٢٨م ولائحة الحقوق سنة ١٦٨٩م وقانون السنوية[١].

وقد جاء ميثاق الأمم المتحدة يحوي نصوصاً متعلقة بحقوق الإنسان هي ما يعرف بالحقوق الأساسية للإنسان، بلا تميز بين الناس سواء في الجنس أو اللغة أو الدين ودون تفرقة بين الرجال والنساء وهذا ما نصت عليه المادة (١/ الفقرة ٣).

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في ذلك بمصادرها الثرية من الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لمواجهة جميع مشكلات الحياة في كل زمان استناداً إلى القرآن الكريم الذي هو أصل الأحكام الشرعية والسنة النبوية. والتساؤل الذي يثور هنا هو ما مدى كفالة الشريعة الإسلامية لحقوق الإنسان؟

وللإجابة على هذا التساؤل نجد أن الشريعة الإسلامية كفلت للإنسان حقوقه ذكراً أو أنثى، بصورة واضحة في مبدأ المساواة بين الناس كافة الذي قرره الإسلام منذ ظهوره، وقضى بأنه لا فرق بين عربي أو أعجمي إلا بالتقوى. وبالتالي قضى على الفوارق بين الناس، باعتبار أنهم خلقوا من نفس واحدة استناداً لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ)[٢].

هذه المساواة في جميع أوجه الحياة، ويتضح ذلك في الجانب القانوني فيما يتعلق بالوقوف أمام القضاء وإجراءاته، وتحري العدالة بين الخصوم. فالناس سواسية أمام القضاء، وقد أكد هذه المساواة الرسول صلى الله عليه وسلم عندما تدخل أشراف قريش ليمنعوا إقامة حد من حدود الله على المرأة المخزومية التي سرقت فقال صلى الله عليه وسلم: (إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف قطعوه، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) [٣]. هذا الحديث يؤكد مبدأ المساواة والعدالة وكفالة حق التقاضي في الشريعة الإسلامية

---

[١] د. حسن ربيع، سلطة الشرطة في القبض على الأشخاص، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص٦.

[٢] سورة النساء- الآية ١٣٥.

[٣] د. محمد يوسف، حياة الصحابة، المكتبة التوفيقية، الجزء الثالث، ص٤٣٢.

قبل أربعة عشر قرناً فالجميع متساوون في مطالبتهم بحقوقهم، حتى لو طلب هذا الحق من الرسول صلى الله عليه وسلم [٤].

وهكذا نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم ضرب أروع الأمثلة في كفالته لحقوق الإنسان لجميع المسلمين والمساواة بينهم، وأيضاً غير المسلمين، فأرسى في كفالته لحقوق الإنسان المساواة في اللجوء للقضاء والمطالبة بالحقوق، وإثباتها أيضاً، وسار على نهجه الخلفاء الراشدون والتابعون. وقد كفلت الشريعة الإسلامية حق التقاضي كأحد حقوق الإنسان عن طريق تطبيقها العدالة في جميع أمورها، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، بأن كفلت تطبيقها في جميع نواحي الحياة [٥].

كفالة حقوق الإنسان في الاتفاقيات والمواثيق الدولية:

لا شك أن اهتمام الدول بكفالة حقوق الإنسان جاء متأخراً عن الشريعة الإسلامية، حيث اهتمت بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مثل حق الإنسان في الحياة، وحقه في حرية التعبير، وفي المساواة أمام السلطة، وغير ذلك من الحقوق الطبيعية التي اعترت البنية الأساسية في بناء المجتمع والدولة الفاضلة [٦].

وقد ظهر الاهتمام بحقوق الإنسان بصورة واضحة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في نطاق هيئة الأمم المتحدة، والجمعيات الدولية والمنظمات وغيرها.

فأغلب الدول في العالم اهتمت بحقوق الإنسان، ولم تقصر الاهتمام على الدول بل أيضاً المنظمات الدولية اهتمت كذلك بحقوق الإنسان.

وقد احتل مبدأ المساواة مكاناً بارزاً في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، في دساتير الثورة الفرنسية وعلى الصعيد الدولي حيث وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على إعلان حقوق الإنسان في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨م وقد أورد الكثير من الحقوق التي

---

[٤] د. يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٤م، ص٣٦٢.

[٥] د. عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، ص٤٥.

[٦] د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣م، ص٤٠.

تكفل للإنسان كرامته وحقوقه الشخصية كحقه في الحياة، وكفالة شخصه وجسده فلا يتعرض للتعذيب، أو المعاملة غير الإنسانية، وحقه في الحرية القانونية، بحيث لا يجوز استرقاقه أو استعباده أو إخضاعه للسخرة. وقد صدرت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسة في ديسمبر ١٩٦٦م من الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي نصت موادها على حقوق الإنسان الواجب احترامها أثناء الخصومة الجنائية [٧].

خلاصة الأمر أن الاتفاقيات التي كفلت حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية قد نجحت في تحقيق الهدف من إبرامها. وذلك نتيجة لاحترام الدول العامة للأمم المتحدة الأطراف في هذه الاتفاقيات طواعية، باعتبارها نوعاً من التقدم والحضارة في مجال العلاقات الدولية. وكل مساس بهذه الحقوق الإنسانية يعتبر مساساً بالضمير العالمي وخروجاً على الحق والأخلاق والفضيلة.

والتساؤل الذي يثور هنا أيضاً حول القيمة القانونية لهذه المواثيق والاتفاقيات الدولية داخل كل دولة؟

للإجابة على هذا التساؤل نرى اختلاف الآراء القانونية حوله:

فالرأي الأول يرى- وهذا هو الاتجاه الفرنسي- أن لهذه الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تحمي حقوق الإنسان وتكفلها لها قوة تفوق قوة النصوص الدستورية فالمشرع الدستوري يخضع لإعلانات حقوق الإنسان، والمشرع العادي يخضع للدستور وبالتالي هذه الاتفاقيات والمواثيق تحظى بالاحترام من المشرعين الدستوري والعادي [٨].

الرأي الثاني: يرى أنها تعادل النصوص العادية - وهذا هو الاتجاه الإنجليزي- إذ إن قائمة الحقوق مثلاً ليست إلا تشريعاً عادياً، ليست له من الناحية القانونية قوة أكثر من أي تشريع آخر أصدرته أو تصدره السلطة التشريعية [٩].

---

[٧] أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة، ١٩٧٢م، ص١٤٠.

[٨] د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٥م، ص١٩٦م، د. أشرف اللمساوي، حقوق الإنسان وضماناته في الشريعة الإسلامية والإعلانات العالمية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص٤٦.

[٩] د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص١٥٠.

الرأي الثالث: يرى أن لها قيمة قانونية ملزمة للإدارة ويتعين عليها احترامها، ويترتب على ذلك بطلان القرارات الإدارية المخالفة لها [10].

الرأي الرابع: يرى أن لها قيمة تعادل النصوص الدستورية أي أن الحقوق التي جاءت بها المواثيق والاتفاقيات الدولية تسبق عادة وضع الدستور ولها قيمة تعادل قيمة نصوصه، ومن ثم قولها يعلو على القوانين العادية، وتلزم المشرع العادي بإتباعها وعدم الخروج عليها [11].

الرأي الخامس والأخير: يرى أنها مجرد مبادئ فلسفية خالية من كل قيمة قانونية، حيث إنها لا تتضمن ضمانات لصالح الأفراد ولا جزاءات ضد الدول وإنما قيمة أدبية [12].

خلاصة القول أن جميع الدساتير العالمية والعربية في الأنظمة المختلفة قد كفلت حقوق الإنسان التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق والاتفاقيات الدولية ومنها دستور جمهورية السودان المؤقت لسنة ٢٠٠٥م. والتي نادت بها الشريعة الإسلامية قبل أربعة عشر قرناً من الزمان خاتمة الشرائع المنزلة من عند الله سبحانه وتعالى بما فيها من صلاح أمر الناس كافة والأمثلة التي تؤكد ذلك كثير منها:

أولاً : كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان بأن خلقه في أحسن صورة استناداً لقوله تعالى: (وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ) [13].

ثانياً: إذا كانت المواثيق والإعلانات العالمية لحقوق الإنسان قد أكدت على احترام حقوق الإنسان والحريات دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين فإن الشريعة الإسلامية أكدت عدم التمييز قبلهم وأن أكرم الناس عند الله أتقاهم استناداً لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ

---

[10] د. سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م، ص١٢٣.

[11] د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م، ص١١٢.

[12] د. عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص٣٧١. د. أشرف اللمساوي، المرجع السابق، ص٥١.

[13] سورة التغابن، آية (٣).

وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ) [١٤].

ثالثاً: أيضاً عندما دعا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لوحدة الأسرة والتعاون الدولي ومبدأ التكافل بين الشعوب والأمم، فإن الشريعة الإسلامية تقوم على جميع أنواع البر والتعاون بين البشر دون تمييز في الجنس أو الدين لقوله تعالى: (وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى) [١٥].

وقوله تعالى: (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ❖ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) [١٦].

رابعاً: إذا نادى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ويؤكد على حرية الإنسان في العقيدة، فإن الإسلام أكدها قبله وأن لا يكره لأحد في الدين لقوله تعالى: (لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ) [١٧].

خامساً: قد كفل الإسلام حق الحياة للإنسان ومنع القتل بغير حق شرعي وأحاط حياته بحماية قوية بصور من الزجر والوعيد. لقول تعالى: (وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ) [١٨]. وحرم الانتحار وجعله جريمة في حق مرتكبه، قال تعالى: (وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) [١٩].

بالإضافة إلى العديد من الحقوق التي كفلها الإسلام منها حق الحرية في التعبير والتنقل والفكر ومنع الاعتداء على أموال الناس وهذا نوع من الحصانة. كما كان الإسلام هو الأسبق في إقرار مبدأ مشروعية التحريم والعقاب فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص عملاً بقوله تعالى: (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً) [٢٠]. وكان الأسبق أيضاً

---

[١٤] سورة الحجرات، آية (١٣).

[١٥] سورة المائدة. آية (٢)

[١٦] سورة المعارج، آية (٢٤-٢٥)

[١٧] سورة، البقرة، آية (٢٥٦).

[١٨] سورة الإسراء، آية (٣٣).

[١٩] سورة النساء، آية (٢٩).

[٢٠] سورة الإسراء، (١٥).

في قاعدة أن الأصل في الإنسان هو البراءة إلى أن تثبت إدانته أمام محاكمة عادلة علنية تؤمن له فيه كل الضمانات الضرورية للدفاع عنه. لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ) [٢١].

المبحث الثاني

حقوق المرأة في الإسلام والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

أولاً: حقوق المرأة في الإسلام:

أعطى الإسلام المرأة الكثير من المزايا والحقوق. فالقرآن الكريم جعل المرأة والرجل شريكين، في تحمل أعظم المسئوليات في الحياة. حيث كفل الإسلام للمرأة الكثير من الحقوق وجعل لها شخصيتها واحترامها. وكفل لها العديد من الحريات سواء في ظل السلطة السياسية أو الاجتماعية أو المالية.

لقد جاء الإسلام مدافعاً عن المرأة وإنكاراً لعادات الجاهلية والأمم السابقة؛ وشرع لها كأم وأخت وزوجة وابنة من الحقوق، ما تزال المرأة الغربية تصارع حتى الآن للحصول عليها، وتأكيداً للدور الحضاري والتاريخي للأمة الإسلامية التي جعلها اللّه خير أمة أخرجت للناس ربطت الدنيا بالآخرة، وجمعت بين العلم والإيمان وكفلت الحرية والحقوق في الحياة الكريمة للإنسان التي تتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، فالحقوق والحريات العامة في الإسلام جزء من الدين لا يمكن تعطيلها كلياً أو جزئياً، وكل فرد مسلم مسئول عنها بمفرده، والأمة مسئولة عنها بالتضامن لا فرق بين الناس ولا تمييز لعربي على أعجمي إلا بالتقوى فالناس سواسية أمام الشرع، يستوي في ذلك الذكر والأنثى [٢٢].

فالقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن المرأة تساوي الرجل في الحقوق والواجبات، فلها مثل ماله وعليها مثل ما عليه، وهي تلتزم للرجل ويقابل التزاماته لها،

---

[٢١] سورة الحجرات، آية (٦).

[٢٢] د. زكريا المصري، حقوق الإنسان، دار الكتب القانونية ٢٠٠٦م، ص٩٩.

وكل حق لها، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها، قال تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [٢٣].

وهذه هي القاعدة ولم تميز الشريعة الإسلامية الرجل عن المرأة إلا لعلة قوية قال تعالى: (وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) [٢٤]. هذه الدرجة هي درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة.

قال تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [٢٥].

فالتفضيل الذي أعطى للرجل إنما هو مقابل الرعاية الكاملة والمسئولية الأولى والأخيرة جرياً على قاعدة (السلطة بالمسئولية).

أما الشئون الخاصة فليس هناك تمييز، فهي تمتلك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجاً أو أباً التدخل في أعمالها، مما يعني إعطاء الإسلام للمرأة ذمة مالية مستقلة تماماً كالرجل، فلها أن تبيع وتشتري، وتستأجر وتؤجر، وتوكل، وتهب، ولا حجر عليها ما دامت عاقلة راشدة. استناداً لقوله تعالى: (فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) [٢٦].

هكذا سمت الشريعة الإسلامية بتقرير مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة إلا أن الاتفاقيات الدولية لم تسمح بتلك المساواة حتى القرن التاسع عشر، بل وبعضها يمنع المرأة من التصرف في شئونها الخاصة إلى يومنا هذا إلا بإذن زوجها. فقرر الإسلام منذ البدء أن المساواة بين الرجال والنساء في القدر والمكانة، ولا ينتقص منهن أبداً كونهن نساء، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن النساء شقائق الرجال) [٢٧]. وكان عليه

---

[٢٣] سورة البقرة، الآية، ٢٢٨.

[٢٤] سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

[٢٥] سورة النساء، الآية ٣٤.

[٢٦] سورة النساء، الآية ٦.

[٢٧] الترمذي صحيح الجامع، أبواب الطهارة، ص١١٣.

أفضل الصلاة والتسليم دائم الوصية بالنساء، وكان يقول لأصحابه: (استوصوا بالنساء خيراً) [٢٨].

فالأمر في الإسلام لم يقف عند الحفاظ على حق المرأة في الحياة فقط، وإنما رغب الإسلام في الإحسان إليها صغيرة؛ فقال صلى الله عليه وسلم: (من يلي من هذه البنات شيئاً فأحسن إليهن؛ كن له ستراً من النار) [٢٩]. ثم أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بتعليم المرأة وكان يجعل للنساء يوماً يعظهن ويذكرهن بطاعة الله سبحانه وتعالى. كما أعطى الإسلام المرأة الحق في الموافقة على الخاطب أو رفضه ولا يجوز إجبارها على الاقتران برجل لا تريده، وقد قال صلى الله عليه وسلم: (لا تنكح الأيم حتى تُستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت) [٣٠]. وإذا ما كرهت المرأة زوجها ولم تطق الحياة معه، فقد سن لها الإسلام حق مفارقة الزوج وسن الطلاق والخلع.

فلاشك أن حقوق المرأة التي أقرها الإسلام وأعطاها لها تهدف إلى صون كرامتها وإزالة الاستغلال والضيم والظلم عنها، فهي حقوق شديدة الصلة بالإيمان بالله وحده الذي نزل الشريعة الإسلامية التي هي مصدر كل الحقوق الإنسانية، فهي منحة من الله سبحانه وتعالى لا يملك أحد تقييدها أو انتهاكها.

ففي الإسلام تعززت حقوق المرأة، المادية والمعنوية، كما كفل لها المساواة في الحقوق، وسن القوانين التي تصون كرامتها وتمنع استغلالها عقليًا أو جسدياً [٣١].

فالإسلام يرى المرأة كالرجل إنسانًا مستقلاً حراً، وهذا المفهوم جاء في مواضع كثيرة من القرآن الكريم منها قوله تعالى: "كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ" [٣٢].

---

[٢٨] البخاري، كتاب النكاح، باب الوصية بالنساء، ص٤٨٩٠. مسلم، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ص٤٦٨.

[٢٩] البخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الولد وتقبيله ومعانقته، ص٥٦٤٩. ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب فضل الإحسان إلى البنات.

[٣٠] البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب غير البكر والثيب إلا برضاها، ص٤٨٤٣.

[٣١] د. محمد سعيد الشويعر، حماية الإسلام للمرأة، دار الاعتصام، القاهرة، ص٥.

[٣٢] سورة المدثر، الآية ٣٨.

ولما كان الاستقلال يستلزم الإرادة والاختيار، فقد قرر الإسلام هذا الاستقلال في جميع الحقوق الاقتصادية وأباح للمرأة كل ألوان الممارسات المالية، وجعلها مالكة مالها، قال تعالى " لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ" [٣٣].

فالإسلام احترم المرأة وأعطاها الاستقلال الاقتصادي، وعلى عكس ذلك نجد المرأة في المجتمعات الغربية ليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج التي تدعو عبر الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لا سيما حقوق المرأة.

المبحث الثالث

شبهة التمييز ضد المرأة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

إن قضية التمييز ضد المرأة التي تُثار حول الإسلام من أعدائه، الذين لا يتركون فرصة إلا ويحاولون النيل منه وافتراء الأكاذيب عليه، والإساءة له. فهذه الحملات ضد الإسلام، تتصاعد يوماً بعد يوم. مستندة إلى أهداف خبيثة لزعزعة استقرار المجتمع المسلم الذي تمثل فيه المرأة ركيزة أساسية في صلاح المجتمع من فساده. والدليل على ذلك استهدافها من قبل منظمات حقوق الإنسان التي تنادي بإعطاء الحرية الكاملة للمرأة ومساواتها بالرجل. وهو مكفول لها قبل تعرفه منظمات حقوق الإنسان.

وإذا كان الإسلام قد فرض للرجل حقوقاً، فإنه أوجب للمرأة حقوقاً بالفضل والمعروف والكرامة فقال تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)، أما ما زيد به الرجال من القوامة فهي ليست إلا أمانة لقيادة الأسرة المسلمة بأمر من الله ورسوله فهي تكليف وعبء وبذل.

ومن هنا فليس الإسلام مسئولاً عما اكتسبته بعض المجتمعات المسلمة من عادات وتقاليد تبخس النساء حقهن، أو تجعلهن حبيسات المنازل لا وزن لهن. فالمرأة في الإسلام شقيقة للرجل.

---

[٣٣] سورة النساء، الآية ٣٢.

وهذا يدلنا على حرص الإسلام على عدم التمييز بين الناس. وإن الإسلام ضمن حقوقاً للمرأة المسلمة ما زال حتى يومنا هذا غيرها محرومة منها في المواثيق والاتفاقيات الدولية، ولا يستطيع قانون أن يوفرها لها، مهما كان هذا القانون براقاً لامعاً يحظى بحماية التنظيمات الدولية.

وفضل الإسلام وسبقه في هذا الخصوص نجده في ميثاق حقوق الإنسان في الإسلام الذي أصدره وزراء خارجية الدول الإسلامية في القاهرة أغسطس ١٩٩٠م، وإلى إعلان حقوق الإنسان في الإسلام الذي أصدره المجلس الإسلامي الأوربي من مقر اليونسكو عام ١٩٨١م [٣٤].

فالإسلام حافل بآيات كثيرة تنص على أن المرأة إنسان له قيمته المعترف بها. والكثير من المجتمعات الغربية لم تعترف بهذه القيمة إلا نتيجة للفكر العلماني.

فقد وقف الإسلام من المرأة موقفاً متحضراً واسع الأفق إنساني النزعة والفكر والشعور وأعطاها الله سبحانه وتعالى المساواة. فوضع المرأة والرجل في إطار واحد فكلاهما إنسان به صفات الخير والعقل والمسئولية والثواب والعقاب حيث قال تعالى : (فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لاَ أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَى بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ) [٣٥]. وهنا قصد بالخطاب الرجل والمرأة على السواء، فعند الجزاء لا مفاضلة بين المرأة والرجل ما دام العمل الطيب واحد.

وقد كرم الله سبحانه وتعالى المرأة في شخص مريم بنت عمران فقد اصطفاها على نساء العالمين واختصاها بكلمته حين بشرها بعيسى عليه السلام. فكانت الأمومة امتياز للمرأة لم تمنح للرجل من خلق الله الكون.

قد نوه القرآن الكريم ببعد نظر المرأة وصلاحيتها للحكم وولاية الأمر عندما ذكر في القرآن بلقيس ملكة سبأ وسيدنا سليمان فكانت المرأة الحاكمة. وفي

---

[٣٤] عبد المحس عبد الكريم البكر، حقوق الإنسان، دار اشبيلية للنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، الطبعة الأولى، ص٢٠.

[٣٥] آل عمران، الآية، ١٩٥.

الإسلام أقامت المرأة الدليل على العقل والتدبير والشجاعة والعلم والكرم، فكان لها الفضل الأكبر في مناصرة الإسلام وهو ناشئ وخير مثال لذلك أم المؤمنين خديجة بنت خويلد رضي الله عنها التي آزرت الرسول صلى الله عليه وسلم بمالها وحنانها مما بث الطمأنينة في نفسه والرضى. وكذلك أسماء بنت أبي بكر الصديق ذات النطاقين التي شقت ثوبها إلى نطاقين لحمل الطعام إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وأبيها أبا بكر الصديق في طريق محفوف بالمخاطر إلى غار ثور عند الهجرة.

وقد بايع الرسول صلى الله عليه وسلم النساء ولم تنل المرأة في أوربا مثل هذا في حق الانتخاب إلا في أوائل القرن العشرين. مما يدل على استقلال المرأة في المسئولية والاختيار والرأي التي إعطاءها لها الإسلام إضافة إلى كثير من الحقوق الأخرى كحق البيع والشراء وحقها في المال كالرجل ومنحها حق التصرف فيه دون رقابة عليها أو ولاية. فالمرأة في الإسلام تتمتع بحقوق تعادل ما عليها من واجبات في المجتمع، لقوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [٣٦].

وقد انتقل القرآن إلى المرأة الأم فقدسها وقرن طاعة الوالدين بطاعته قال تعالى: (وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا) [٣٧]. وخص الأم بالطاعة للمشقة التي تتحملها في الحمل والولادة والرضاعة والتربية قال تعالى: (وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ) [٣٨].

فالمرأة في القرآن الكريم إنسان عزيز مكرم شاركت في الدعوة وفي الهجرة كما شاركت في الابتلاء والرأي والجهاد، وكان لها دور مرموق في تاريخ الإسلام. فقد أتاح لها الإسلام تلقي العلم دراسة وتدريساً فقد كانت السيدة عائشة رضي الله عنها حجة في رواية الحديث ومرجعاً في أحكام الشرع.

---

[٣٦] سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

[٣٧] سورة الإسراء، آية ٢٣

[٣٨] سورة لقمان، آية ١٤

إن المرأة المسلمة تحظى بما لا تحظى به المرأة الغربية من الاحتفاظ باسم أسرتها بعد الزواج حتى تحتفظ بالتالي بشخصيتها وحقوقها. لقد كرم الإسلام المرأة فأعفاها من الرضاع إلا اختياراً. ومن خدمة بيتها إلا طواعية ومن الإنفاق من مالها إلا تفضلاً وتبرعاً لقد كرمها وصانها. ومع ذلك هناك من يثير إلى شبهة التمييز [39] ضد المرأة في الشريعة الإسلامية استناداً لآيات بينات مثل قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) [40]. هذه الآية يوجد بين الناس من يقف على ظاهرها ويحسبها تمييزاً ضد المرأة هذه الدرجة في الآية للرجال على النساء مقيدة فقط بحق الرجال في ردهن إلى عصمتهم في فترة العدة؛ لأن الرجل هو الذي طلب فليس من المعقول أن تذهب إليه وترده إلى عصمتها فهي درجة مقيدة في هذا الموضع [41].

وقوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [42]. هذه القوامة مقابل الحماية والنفقة عليها ووجوبها على الرجل لا إلى زيادة في العقل أو الذكاء أو صفات النفس.

أما الذين يثيرون شبهة التمييز ضد المرأة في الشريعة الإسلامية بنقصان شهادتها عن الرجل استناداً لقوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى) [43]. هذا لمشاغل المرأة الطبيعية التي تعرضها للنسيان كما أنها خيالية وانفعالية مما يصور لها الوقائع.

أيضاً في الميراث تمييز بين المرأة والرجل استناداً لقوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ) [44].

---

[39] عبد المحسن بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص١٤٥.

[40] سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

[41] عبد العزيز الخياط، حقوق الإنسان (التمييز العنصري في الإسلام)، القاهرة، دار السلام، ١٤٠٩هـ- ص٥٠.

[42] سورة النساء، آية ٣٤.

[43] سورة البقرة،٢٨٢

[44] النساء، آية ١١.

ليس هنالك تمييز لأن الحكمة من إعطاء الرجل مثل نصيب امرأتين، أن الرجل عائل للمرأة سواء كان زوجاً أو أخاً أو أباً، فحاجة الرجل إلى المال أشد بكثير من حاجة المرأة إليه.

إن حقوق الإنسان لا يجوز أن تخضع لهوى الدول الغربية الاستعمارية التي تحاول تطبيق النظام الغربي في الحياة الاجتماعية على المسلمين، الذين لهم رؤيتهم الصائبة في حقوق الإنسان استناداً إلى شريعتهم السمحاء المنزلة من الله سبحانه وتعالى.

ويحق لنا التساؤل لماذا الدعوة والتركيز على تحرر المرأة الذي لا يقف عند حد ومساواتها المساواة المطلقة مع الرجل.

وللأسف ما تنادى به الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لا تتفق في كثير من الأحيان مع قيم ديننا الحنيف. فقد خلق الله سبحانه وتعالى المرأة وكرمها، على مر العصور وأعطاها حقوقها كاملة إلا أنه في الآونة الأخيرة كثر الحديث عن حقوق المرأة وحريتها حيث يحاول العلمانيون أن يشوهوا صورة المرأة في الإسلام وإظهارها بمظهر مسلوبة الحقوق. ويرون أن الإسلام فرق بين المرأة والرجل في الحقوق وأنها مظلومة من وجهة نظرهم ولابد من إنصافها وإعطائها حقوقها وفقاً للاتفاقيات الدولية ومحاولة تعديل تشريعات الدول حتى تتوافق مع هذه الاتفاقيات بل تطور الأمر وطالبوا بتعديل التشريعات السماوية، فكان الوقوف من قبل علماء الإسلام بالمرصاد على المنادين بذلك [٤٥].

حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية:

منذ بداية القرن العشرين والمجتمع الدولي يسعى لتقنين حقوق المرأة منذ ١٩١٢م في اتفاقيات لاهاي ميثاق تنازع القوانين الوطنية المتعلقة بالزواج والطلاق والانفصال والولاية على القصر أكد ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥م في المادة الأولى على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا

[٤٥] د. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٦، ١٤٠٤هـ ص٥.

تفريق بين الرجال والنساء. وفي عام ١٩٤٨م صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تحوي نصوصه حماية حقوق المرأة والاهتمام بالأسرة.

وفي عام ١٩٨١م اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وغيرها من الاتفاقيات حتى عام ٢٠٠٠م حيث أصدرت الأمم المتحدة وثيقة بكين ٥ لتعزيز حملات التدريب على المساواة بين النساء والرجال. ويرى أنصار هذه الاتفاقيات الدولية المنادية بحماية حقوق المرأة والتمييز ضدها في الإسلام متمثله في عدة مواضع منها على سبيل المثال:

ضرب المرأة من قبل الرجل استناداً لقوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا). وقد فهم هؤلاء الآية وفق أهوائهم فهذه الآية تتحدث عن نوع خاص من النساء وليس كل النساء، وهي المرأة الناشز وذلك بعد مرحلة الموعظة ومن ثم الهجر ثم آخر المراحل للتأديب هي الضرب محافظة على الأسرة علماً بأن هذا الضرب غير مبرح حقيقياً وبآلة خفيفة كعود السواك مثلاً. فالأصل في العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل السكن والمودة وما يشذ على الأهل هي العظة والهجران والضرب.

أيضاً توقف العلمانيون عند حق الطلاق في الإسلام الذي منح للرجل دون المرأة كونه المتضرر الأول من الطلاق من الناحية المادية لأنه الذي يدفع المهر والنفقة لمطلقته وأولاده في العدة والحضانة، فهنا مبرر الشريعة لإعطائه هذا الحق أنه أكثر ضبطاً للنفس من المرأة التي لا يكلفها الأمر شيئاً.

كذلك أمر القوامة على المرأة في الإسلام فهي مبنية على كون الرجل هو المكلف بالإنفاق على الأسرة ولا يستقيم أن يكلف بالإنفاق دون القيام بالإشراف على شئون المرأة [٤٦].

---

[٤٦] د. علي عبد الفتاح دافي، المرأة في الإسلام، دار النهضة، القاهرة، ط٢، ص٥٠.

أيضاً يعترض أنصار حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية على نظام تعدد الزوجات في الإسلام. ويرون فيه إهدار لكرامة المرأة وظلماً لها. واعتداء على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل. فعملاً لاستقرار الأسرة لابد من فرض الزواج الأحادي. الذي كان سبباً في نشوء علاقات خارج إطار الزوجية.

كما أن نظام التعدد في الزواج اختيارياً وليس إجبارياً وهو لا يكون إلا برضاء المرأة. فرفض التعدد من قبل الغرب يخدم أهدافاً غريبة تقوم على تحديد النسل بهدف إضعاف الأمة الإسلامية وتقليل أعدادها بحيث لا تهددهم بقوتها في المستقبل [٤٧].

أيضاً الإرث الذي تطالب الاتفاقيات الدولية بالمساواة فيه بين الرجال والنساء استناداً لقوله تعالى: (لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ). فمن منظورهم أن الإسلام ظلم المرأة وإعطاءها من الميراث نصف ما أعطى الرجل، إلا أن هذا الأمر ينافي الواقع، فالإسلام كلف الرجل بما لم يكلف به المرأة وهو تكليف الإنفاق عليها وعلى عيالها من قبل الرجل، بينما لم يكلف المرأة بأي مسئوليات وأعباء مالية. فالمال الذي ترثه لها وحدها دون مشاركة من أحد، وقد احتج هؤلاء العلمانيون بأن المرأة تعمل وتنفق على بيتها وتشارك الزوج في الأعباء فلا مجال لهذا التمييز في الوقت الحالي الذي خرجت فيه المرأة للعمل، إلا أن قولهم هذا مرفوض شرعاً.

وأخيراً أمر الشهادة التي تنادي الاتفاقيات الدولية بإعطاء المرأة الأهلية الكاملة فيها وحقوقها القانونية، ويرون أن الإسلام لم يساوِ بينها والرجل في الشهادة، وهذا يتناقض مع مبدأ المساواة الذي تنادي به هذه الاتفاقيات.

وللرد على هؤلاء نؤكد أنه لا توجد شبهة تمييز ضد المرأة في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالشهادة فالتمييز في الشهادة ليس على إطلاقه بل يختلف من حالة إلى أخرى ففي قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى). هنا الأمر خاص

---

[٤٧] فدي عبد الرازق القصير، المرأة المسلمة بين الشريعة الإسلامية والأضاليل الغربية، مؤسسة الديان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص٢٨.

بشهادة المداينة فقط دون سائر أنواع الشهادات حيث إن المرأة لقلة انشغالها بالمبايعات معرضة للضلال أكثر من الرجل فتنسى جزءاً وتتذكر آخراً، مما ينفي وجود تمييز ضد المرأة في الحقوق مع الرجل.

أما شهادة اللعان فهي من الشهادات تتساوى فيها شهادة المرأة وشهادة الولادة وإحقاق النسب كلها شهادات تنفرد فيها المرأة دون الرجل.

فالدين الإسلامي الحنيف يهدف لتوفير الضمانات في الشهادة لإيصال الحق إلى أصحابه تحقيقاً للعدالة السماوية. فالمرأة قبل الإسلام لم تنل حقوقاً قانونية منصفة، ومكانة اجتماعية مرموقة تمكنها من أداء رسالتها في الحياة، وكفل لها كافة الحقوق بدءاً من حق الحياة الكريمة والحرية والمشاركة في العمل إلى غيره من الحقوق، وقد وقفت الشريعة الإسلامية موقفاً متزناً في شأن حقوق المرأة موافقاً للفطرة التي فطرها الله عليها وعلى رسالتها في الحياة.

حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية:

من أكثر الاتفاقيات الدولية في شأن حقوق المرأة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) [٤٨].

Convention Elimination of All forms of Discrimination Against Women

وللوقوف عند هذه الاتفاقية باعتبارها أهم الاتفاقيات التي ينادي أنصارها بتطبيقها في جميع الدول لاسيما الإسلامية، نجد أن خلاصة هذه الاتفاقية منذ البدء وحتى الانتهاء هي المطالبة بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات

---

[٤٨] بدأت فكرة الاتفاقية بمعاهدة حقوق المرأة السياسية التي أعدتها مفوضية مركز المرأة بالأمم المتحدة وتبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ثم أعدت إعلاناً خاصاً بإزالة التمييز ضد المرأة، ثم أجازت ذلك الإعلان عام ١٩٦٧م، بعد إجازة الإعلان بدأت مفوضية مركز المرأة بالأمم المتحدة في إعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في عام ١٩٧٣م وأكملت إعدادها في عام ١٩٧٩م واعتمدتها الأمم المتحدة في ١٩٧٩/١٢/٢٨م وأصبحت سارية المفعول بعد توقيع خمسين دولة عليها في ١٩٨١/١٢/٣م.

السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية ونحوها.. وفي هذا مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية ولقوله تعالى: (وليس الذكر كالأنثى).

ولحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنما النساء شقائق الرجال) أي النصف المكمل وليس المماثل أيضاً تخالف العقل السليم لأن هنالك اختلافات فسيولوجية بين الرجل والمرأة لا تحتاج إلى بيان مما يقتضي عدم المساواة المطلقة لاختلاف الأدوار في الحياة بالنسبة للرجل والمرأة.

هذه الاتفاقية تريد القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهذا لا يمكن، لأن التمييز يشمل الحسن والقبيح. فهناك تمييز حسن للمرأة هل يقضى عليه؟ أي التمييز الإيجابي الذي يكون للمرأة وليس ضدها.

وخلاصة القول أن الحقوق الممنوحة للمرأة في المواثيق والاتفاقيات الدولية لم تراع التباين والاختلاف الثقافي بين المجتمعات وأوضاع المرأة من مجتمع لآخر واختلاف الدين والوضع الاقتصادي، مما يدل على فشل ما تنادي به هذه الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق المرأة.

الخاتمــة

إن الإسلام أعطى المرأة حقوقاً وفرض عليها واجبات يجب مراعاتها عندما تطالب بأي حق يمكن أن لا يتناسب مع ما فرضه عليها الإسلام، من هذه الحقوق تلك التي تطالب بها الاتفاقيات الدولية، والتي يتعارض تطبيقها مع الشريعة الإسلامية مما دفع هؤلاء المنادين بحقوق المرأة إلى القول بوجود شبهة تمييز ضد المرأة في الشريعة الإسلامية وبالتعرض لحقوق المرأة في الإسلام والاتفاقيات الدولية المطالبة بحقوق المرأة وحمايتها خلص البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج :

١) أغلب الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق المرأة تدعو إلى إبطال القوانين والأعراف والتشريعات الدينية واستبدالها بالاتفاقيات الدولية وهذا بطريقة المكر على الدول الإسلامية والله سبحانه وتعالى يحمي الإسلام والمسلمين.

قال تعالى: ﴿وَمَكَرُواْ وَمَكَرَ اللّهُ وَاللّهُ خَيْرُ الْمَاكِرِينَ﴾ [٤٩].

فالمقصود ليس حماية المرأة وحقوقها وإنما تدمير الأسرة المسلمة حتى لا تشكل في المستقبل قوة بشرية تهدد هذا الأنظمة العالمية.

٢) هنالك صعوبة لدى بعض الجهات في إدراك حقيقة حقوق المرأة في الإسلام أو تفهم خصوصية المجتمع المسلم.

٣) لاشك أن العائق الذي يمنع وصول المرأة المسلمة إلى الوضع العادل في المجتمعات الإسلامية هو العادات والتقاليد الاجتماعية وليس العائق الدين أو العقدية.

٤) المجتمع المسلم مجتمع للجنسين المرأة والرجل، يقوم فيه كل فرد بواجباته وهذا النظام يؤمن سلامة هذا المجتمع.

٥) الحقوق التي شرعها الإسلام للمرأة ثابتة بالكتاب والسنة وهي ملزمة للرجال والنساء على حد سواء.

بينما الحقوق التي تنادي بها الاتفاقيات الدولية هي حقوق غير ثابتة لأنها من صنع الإنسان وعمل الإنسان ناقص.

٦) الاتفاقيات الدولية التي تنادي بإعطاء المرأة حقوقها ومساواتها بالرجل لا تهتم في الأصل بالمرأة وإنما تهتم بقضايا كبرى لمصلحة الدول الغربية التي وضعت هذه الاتفاقية منها على سبيل المثال تنظيم الأسرة أو ما يعرف بتحديد النسل. هذه المصالح استراتيجية وسياسية خوفاً من زيادة عدد المسلمين حتى لا يصيروا قوة تهددهم.

٧) إن الشريعة الإسلامية تراعي مصالح البشر ذكراً أو أنثى، الدنيوية والأخروية.

٨) إن قواعد الشريعة الإسلامية ثابتة لا تقبل التغيير والتبديل إلا أنها من المرونة، ما يجعلها تتسع لحاجات الجماعات البشرية مهما طال الزمان، وتعددت وتطورت الحاجات.

٩) إن الشريعة الإسلامية كفلت حقوق المرأة لإيجاد مجتمع متماسك وفاضل.

---

[٤٩] سورة آل عمران، آية ٥٤.

١٠) إن الاتفاقيات الدولية التي تنادي بحماية حقوق المرأة ومساواتها بالرجل، تتلوث بتلوث واضعيها وعاداتهم وتقاليدهم. فهذه الحقوق عرفت في الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً من الزمان بينما القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، وعليه فالشريعة الإسلامية سبقت في تقرير المساواة وتوسعت في تطبيقها إلى أقصى حد.

ثانياً: التوصيات :

١) نوصي بالرد على الذين يعتقدون أن الشريعة الإسلامية بها شبهة تمييز ضد المرأة وحقوقها في عصرنا الحالي فهذا جهل بأحكام الشريعة الإسلامية لابد من توضيحه وبيان إن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وتتسع لحاجات الجماعات البشرية مهما تقدمت العصور، لأنها تشريع منزل من اللّه سبحانه وتعالى الذي يتصف بالكمال والسمو.

٢) نوصي بتأصيل الهوية الإسلامية وضرورة تمسك الشعوب المسلمة بكتاب اللّه وسنة رسوله محمد بن عبد اللّه صلى اللّه عليه وسلم والبعد عن الأخذ بالاتفاقيات الدولية أياً كان مصدرها متى تعارضت مع الشريعة السمحاء.

٣) نوصي بتقوية الحوار البناء بين الثقافات المختلفة والحضارات بهدف الوصول إلى حماية المرأة وحقوقها الأساسية.

٤) نوصي أيضاً بتوضيح حقيقة حقوق الإنسان عامة ذكراً أو أنثى في الإسلام حتى لا تشوه المبادئ والقيم الإسلامية التي ترقى بالإنسان وتحافظ على كرامته وحقوقه.

٥) وأخيراً نوصي بتحكيم الشريعة الإسلامية في المجتمعات المسلمة.

سلسلة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية :

١- البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب غير البكر والثيب إلا برضاها.

٢- البخاري، كتاب النكاح، باب الوصية بالنساء.

٣- الترمذي صحيح الجامع، أبواب الطهارة.
٤- مسلم، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء.
٥- ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب فضل الإحسان إلى البنات.

ثالثاً: كتب فقهية وقانونية :

١. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة، ١٩٧٢م.
٢. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣م.
٣. أشرف اللمساوي، حقوق الإنسان وضماناته في الشريعة الإسلامية والإعلانات العالمية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، المركز القومي للإصدارات القانونية.
٤. حسن ربيع، سلطة الشرطة في القبض على الأشخاص، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.
٥. زكريا المصري، حقوق الإنسان، دار الكتب القانونية ٢٠٠٦م.
٦. سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م.
٧. عبد العزيز الخياط، حقوق الإنسان (التمييز العنصري في الإسلام)، القاهرة، دار السلام، ١٤٠٩هـ.
٨. عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م.
٩. عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي.
١٠. عبد المحس عبد الكريم البكر، حقوق الإنسان، دار اشبيلية للنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م، الطبعة الأولى.
١١. علي عبد الفتاح دافي، المرأة في الإسلام، دار النهضة، القاهرة، ط٢.
١٢. فدي عبد الرازق القصير، المرأة المسلمة بين الشريعة الإسلامية والأضاليل الغربية، مؤسسة الديان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

١٣. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م.
١٤. محمد سعيد الشويعر، حماية الإسلام للمرأة، دار الاعتصام، القاهرة.
١٥. محمد يوسف، حياة الصحابة، المكتبة التوفيقية، الجزء الثالث.
١٦. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٥م.
١٧. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٦، ١٤٠٤هـ.
١٨. يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٤م.

مقالات

١/ إجارة الأرض الزراعية بين المجيزين والمانعين

إعداد / محمود عبد الله بخيت

أستاذ الفقه المشارك

كلية الشريعة ـ جامعة جرش

الملخــص :

الزراعـة أسـاس متين في بنـاء اقتصـاد الأمـة، وتحقيـق الكفايـة للأفـراد، وتـوفير أسباب الحياة الكريمة. لذلك كله، اعتنى بها الإسلام، فتضافرت الآيات والأحاديث داعيـة إلى اسـتغلال الأرض وحيازتهـا والإفـادة منهـا، إلا أن حيـازة الأرض إمـا أن تكـون استملاكاً، وإما أن تكون إعارة، وإما أن تكون إجارة. ولقد اختلفت أنظار الفقهاء في إجارة الأرض الزراعية، وهذا البحث يسلط الضوء على هذه المسألة مستدلاً بالمنقول والمعقول ومقاصد الشرع الشريف.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وأصحابه، والتابعين بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،

فإن الأرض أصل الحياة والإيجاد، ومنها الاقتيات والإمداد، الأقوات فيها مقدورة، والمعايش فيها ميسورة، قال تعالى: وَجَعَلَ فِيهَا رَوَاسِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِلسَّائِلِينَ [فصلت: ١٠]، وقال تعالى: {وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ وَمَنْ لَسْتُمْ لَهُ بِرَازِقِينَ} [الحجر:٢٠]، لا تنال خيراتها إلا بالجد والاجتهاد، ولا

تجنى ثمراتها إلا بالسعي والارتياد ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥].

إنها الأرض، مستنبت الزرع، ومنجم المعدن، ومخزن الماء، في استنبات زرعها العيش السليم، وفي استنباط مائها النفع العميم، وفي استخراج كنوزها الخير العظيم، ما كانت إلا لمن بذل جهده، وما لانت إلا لمن عقد عزمه، وما أعطت إلا لمن شد مئزره.

لقد حث الإسلام على استثمار خيرات الطبيعة، ودعا إلى استشراف منافعها واكتساب فوائدها، فالإسلام يكره القعود عن العمل تزهداً، ويمقت الكسل تواكلاً، فإن السماء لا تمطر ذهباً ولا فضة، وإن الأرض لا تنبت ورعاً وتقشفاً.

لقد تضافرت النصوص من القرآن والسنة على إعمار الأرض، وطلب خيراتها، بإنبات الزرع، وتشجير الحراج، وغرس الفسائل، واستخراج المعادن، واستثمار المناجم والمحاجر والمقالع، وإقامة المساكن، وبناء المصانع، وإسالة المياه، وبناء السدود، وتشييد الأبراج والقلاع والأربطة، بل عد العلماء تعلم أصول الحراثة والزراعة ونحوها مما تتم به المعايش التي بها قوام الدين والدنيا من فروض الكفايات.

إن الزراعة ركن ركين وأساس متين في بناء اقتصاد الأمة، وتحقيق الكفاية للأفراد، وحفظ الشخصية والذات بعيداً عن التبعية والذيلية، وإذا كانت الزراعة كذلك، فإنها لا تكون إلا في وجود أرض زراعية مهيأة للزراعة، تتوفر فيها كل أسباب النماء والاستنبات، إلا أنه ليس كل من يملك الأرض يستطيع أن يزرعها، فهناك من يملك الأرض ولا يملك المال والنفقة اللازمين للزراعة، ومنهم من يملك الأرض إلا أنه تقدمت به السن، ولا يجد المساعد والمعين، ومنهم الأيتام الذين لا ولي لهم ولا معيل، كما أنه ليس كل من هو ماهر بالزراعة، حاذق بها، خبير بفنونها، يملك الأرض.

لذلك كله، كانت إجارة الأرض الزراعية سبيلاً لتحقيق الإفادة من الأرض الزراعية باستغلالها لا بتركها وتعطيلها، ولما كانت إجارة الأرض الزراعية محل اختلاف بين الفقهاء، وما زال بعض طلبة العلم يتناول هذه المسألة في كتاباته الفقهية أو في مقالاته العلمية، أو في أبحاثه الاقتصادية المرتبطة بالاقتصاد الإسلامي، فقد

أردت أن أناقش حكم إجارة الأرض في هذا البحث الموسوم بـ "إجارة الأرض الزراعية بين المجيزين والمانعين".

وقد جاء البحث في خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإجارة ومشروعيتها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف الإجارة.

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة.

المطلب الثاني: تعريف الأرض الزراعية وشروط إجارتها.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الأرض الزراعية.

الفرع الثاني: شروط إجارة الأرض الزراعية.

المطلب الثالث: الفقهاء القائلون بجواز إجارة الأرض الزراعية وأدلتهم.

المطلب الرابع: الفقهاء القائلون بمنع إجارة الأرض الزراعية وأدلتهم.

المطلب الخامس: مناقشة الأدلة والترجيح.

وأخيراً: نتائج البحث.

والله أسأل أن ينفع بهذا البحث إنه ولي ذلك والقادر عليه ، ، ، ، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، ، ، ، ،

المطلب الأول

تعريف الإجارة ومشروعيتها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الإجارة.

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة.

الفرع الأول: تعريف الإجارة :

لغة واصطلاحاً:

لغـــة:

أَجَرَ: أَجْراً

والأَجْرُ: هو الجزاء على العمل.

وأَجَرَ الشيء: أَكْراهُ، واكترى الدار: استأجرها.

والأُجرةُ: الكراء أو أجر المستأجر.

والإجارة: الأجرة على العمل.

والإجارة والكراء شيء واحد[1].

واصطلاحاً:

عرف الفقهاء الإجارة بأنها: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض[2].

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة:

الإجارة مشروعة والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب:

١- فقوله تعالى: (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ (٢٦) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ (٢٧) قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ) [3].

ووجه الدلالة:

قوله: استأجره: فإنها دليل على أن الإجارة مشروعة.

---

[1] المعجم الوسيط ٢٦-٢٧، ٨٢٠-٨٢١، انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٥.

[2] حاشية ابن عابدين ٦/٣-٤، الشرح الصغير ٤/٦، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٢، المغني مع الشرح الكبير ٦/٣.

[3] سورة القصص آية ٢٦-٢٨.

قال ابن العربي: دليل على أن الإجارة بينهم وعندهم مشروعة معلومة، وكذلك كانت في كل ملة وهي من ضرورات الخليقة [٤].

قال الزيلعي: وهو من شريعة من قبلنا، وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما إذا قص لنا لا على وجه الإنكار [٥].

٣- وقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى) [٦].

ووجه الدلالة:

أن الله عز وجل أمر الأزواج بإعطاء النساء أجورهن عند الإرضاع بعد الزوجية، فلولا أن الأجرة مشروعة لما أمر الله عز وجل بها.

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها:

١. قوله صلى الله عليه وسلم: قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً، فاستوفى منه ولم يوفه أجره" [٧].

ووجه الدلالة: أن الله عز وجل جعل آكل أجر الأجير خصماً له، فلولا أنه أكل مالاً حراماً وهو حق الأجير، لما جعله الله خصماً له يوم القيامة.

٢. ما روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت "واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدَّيل هادياً خرِّيتا وهو على دين كفار

---

[٤] أحكام القرآن، ٣/٤٩٤.

[٥] تبيين الحقائق ٥/ ١٠٥.

[٦] سورة الطلاق، آية ٦.

[٧] البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، صحيح البخاري مع شرح فتح الباري ٤/٤١٧، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب أجر الإجراء، السنن (بحاشية السندي)، ٣/ ١٦٢.

قـريش، فـدفعا إليـه راحلتيهمـا، وواعـداه غـار ثـور بعـد ثـلاث ليـال، فأتاهمـا براحلتيهما صبح ثلاث" [٨].

ووجـه الدلالـة: أن النبي صلى الله عليـه وسـلم اسـتأجر رجـلاً لعمـل فلـولا أنـه الإجـارة مشروعة لما استأجره.

وأما الإجـماع: فقد أجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجـارة [٩].

وأما المعقول: فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكهـا، ولا يلـزم أصـحاب الأمـلاك إسـكانهم وحملـهم تطوعـاً، وكـذلك أصـحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكـن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به، فلا بـد مـن الإجارة [١٠].

المطلب الثاني
تعريف الأرض الزراعية وشروط إجارتها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الأرض الزراعية :

الأرض: أحد كواكب المجموعة الشمسية، وترتيبـه الثالـث في فلكـه حـول الشـمس، وهو الكوكب الذي نسكنه، وهي التي عليها النـاس [١١].

الزراعية : الزراعة مصدر زرع.

زرع: طرح البذر.

والزَرْع: ما استنبت بالبذر، أو هو المزروع.

وزَرَعَ الحب، زَرْعاً وزِراعة.

---

[٨] رواه البخاري، كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيـام، صـحيح البخـاري مـع شـرح فـتح الباري، ٤/ ٤٤٣، الخريت: هو العارف بالطرق والمسالك.

[٩] المغني على الشرح الكبير ٦/٣.

[١٠] المغني على الشرح الكبير ٦/٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٢.

[١١] المعجم الوسيط، ٣٤، الموسوعة الفقهية، ٣/ ١١٢.

والزراعة حرفة المزارع.

والنسبة إلى الزراعة: زراعي، ومؤنثها زراعية [١٢].

فالأرض الزراعية هي الأرض التي يستنبت فيها الزرع.

الفرع الثاني: شروط إجارة الأرض الزراعية :

اشترط الفقهاء لجواز إجارة الأرض الزراعية ما يلي [١٣]:

١- تعيين الأرض وبيان مقدارها، فلا تجوز إجارة الأراضي إلا عيناً، ولا تجوز موصوفة في الذمة، واشترط الشافعية والحنابلة رؤيتها، لأن المنفعة تختلف باختلاف الأرض ولا يعرف ذلك إلا بالرؤية، ولم يشترط المالكية الرؤية، فأجازوا إجارة الأرض إذا عين الجهة التي يكون منها القدر المعين، فإن لم يعين الجهة واختلفت الأرض جودة ورداءة فلا يجوز إلا بالتعيين، إلا إذا أجر قدراً شائعاً كالربع والنصف، فإنه يجوز دون تعيين الجهة التي يكون فيها الجزء.

٢- أن يكون للأرض ماء مأمون دائم للزراعة، لأن الإجارة لا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها، فتصح إجارة الأرض الزراعية، ما دامت تسقى من نهر لم تجر العادة بانقطاعه وقت السقي، أو من عين أو بركة أو بئر أو أمطار تقوم بكفايتها، أو بها نبات يشرب بعروقه من ماء قريب تحت سطح الأرض وهذا ما ذكره الشافعية والحنابلة، وهو مقتضى ما اشترطه الحنفية من أن تكون المنفعة المعقود عليها مقدورة حقيقة وشرعاً.

أما المالكية فقد أجازوا كراء أرض المطر للزراعة، ولو لسنين طويلة، إن لم يشترط النقد، أما إذا كانت الأرض مأمونة لتحقق ريها من مطر معتاد أو من نهر لا ينقطع ماؤه أو عين لا ينضب ماؤها، فيجوز إكراؤها بالنقد ولو لمدة طويلة، وقالوا: أنه يجب النقد في الأرض المأمونة بالري بالفعل والتمكن من الانتفاع.

---

[١٢] المعجم الوسيط ٤١٧، القاموس المحيط، باب العين فصل الزاي، ٦٥٢.

[١٣] الموسوعة الفقهية، ٢٧٧/١-٢٧٨، وانظر: المغني م الشرح الكبير ٦١/٦-٦٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٦. تبيين الحقائق ١١٤/٥، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٩/٤.

وإذا وقع العقد على منفعة أرض الزراعة، وسكت عن اشتراط النقد وعدمه، أو اشترط عدمه حين العقد، فإنه يقضى به في الأرض التي تسقى بماء الأنهار الدائمة إذا رويت، وتمكن من الانتفاع بها بكشف الماء عنها، وأما الأرض التي تسقى بالمطر والعيون والآبار فلا يقضى بالنقد فيها، لكن الشافعية والحنابلة اشترطوا أن يكون الماء مأموناً كماء العين ونحوه، إلا إذا تم زرعها واستغنى عن الماء.

المطلب الثالث

الفقهاء القائلون بجواز إجارة الأرض الزراعية وأدلتهم

اتفق جمهور الفقهاء على جواز إجارة الأرض الزراعية إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم ببدل الإجارة وفيما يلي مذاهبهم:

١- ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية وجماعة من المالكية ،أحمد والثوري والليث وابن أبي ليلى والأوزاعي وآخرون، إلى جواز إجارة الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض، وكذلك بجزء مما يخرج منها [١٤].

قال النووي: وبهذا قال ابن شريح وابن خزيمة والخطابي وغيرهم من محققي أصحابنا، وهو الاصح المختار" [١٥].

واستدلوا لذلك بالمنقول والمعقول

أما المنقول فهو:

أولاً: ما روى مسلم وغيره، عن حنظلة بن قيس الأنصاري، قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك

---

[١٤] شرح صحيح مسلم ١٩٧/١٠، الاستذكار ٥٤٢/٧، تكملة فتح الملهم ٢٧٨/١، فتح الباري ٢٥/٥. تبيين الحقائق ١١٤/٥، المغني مع الشرح الكبير ٥٩/٦، وما بعدها، مغني المحتاج ٣٣٦/٢.

[١٥] شرح صحيح مسلم ١٩٧/١٠.

هـذا، فلـم يكـن للنـاس كـراء إلا هـذا، فلـذلك زجـر عنـه، فأمـا شـيء معلـوم مضمون فلا بأس به" [١٦].

ووجه الدلالة:

جـواز إكـراء الأرض بالـذهب والفضـة وجـواز كـرائها بكـل شـيء معلـوم مضـمون كالعروض والنقود وغير ذلك.

ثانياً: مـا روى مسـلم عـن عبـد الله بـن السـائب، قـال: دخلنـا علـى عبـد الله بـن معقـل، فسألناه عن المزارعة، فقال: زعم ثابت، أن رسـول الله صلى الله عليـه وسـلم، نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها" [١٧].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالمؤاجرة وهي الكراء – والأمر هنا للندب- لقوله صلى الله عليه وسلم: لا بأس بها، ولو كانت المؤاجرة ممنوعة لما ندب إليها.

ثالثاً: ما روى أبو داود والنسائي بسند صحيح عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج، قـال: نهـى رسـول الله صلـى الله عليـه وسـلم عـن المحاقلـة والمزابنـة، وقـال: إنمـا يـزرع ثلاثـة: رجـل لـه أرض فهـو يزرعهـا، ورجـل مـنح أرضـاً فهـو يـزرع مـا مـنح، ورجل اكترى أرضاً بذهب أو فضة" [١٨].

---

[١٦] رواه مسلم، كتاب البيوع/ باب كراء الأرض، صـحيح مسـلم بشـرح النـووي ١٠/ ٢٠١، البخـاري، كتـاب الحـرث والمزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة، فتح الباري ٢٥/٥، النسـائي، كتـاب المزارعـة، بـاب النهـي عـن كـراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السندي) ٤٣/٧.

الوَرِق: الفضة، الماذيانات، مسايل المياه أو ما ينبت على حافتي سيل المياه، أو ما ينبت حول النسـائي، أقبـال: رؤوس أو أوائل، الجداول: جمع جدول وهو النهر الصغير

– شرح صحيح مسلم للنووي ١٩٧/١٠.

[١٧] رواه مسلم– كتاب البيوع– باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ٢٠٧.

[١٨] رواه أبو داود– كتاب البيوع– باب المزارعة– كتاب السنن ٥/ ١٤٥، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السـندي) ٤٠/٧، ابـن ماجـه، كتـاب الرهـون، بـاب المزارعة بالثلث والربع، سنن ابن ماجه، ١٦٥/٣.

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم أجاز كراء الأرض بالذهب والفضة وأن المكتري أحد ثلاثة يزرعون.

<u>رابعاً:</u> ما روى البخاري وغيره عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها" [١٩].

ووجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى أرض خيبر ليهود بجزء ما يخرج منها، فدل ذلك على الجواز.

<u>خامساً:</u> ما روى مالك عن ابن شهاب، أنه سأل سالم بن عبد الله بن عمر عن كراء المزارع، فقال: لا بأس بها بالذهب والورق، قال ابن شهاب: فقلت له: أرأيت الحديث الذي يذكر رافع بن خديج؟ فقال: أكثر رافع، ولو كان لي مزرعة أكريتها" [٢٠].

ووجه الدلالة: أن سالماً، وهو من التابعين، كان يرى أن أجارة الأرض جائزة، وأن رافع بن خديج قد تعددت الروايات عنه.

قال الباجي: يريد أنه روى من النهي ما منع منه، وما لم يمنع، وأن النهي إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والفضة، لكن رواه بلفظ العموم، أو نقل اللفظ على ما سمعه، ولم

المزابنة: بيع الرطب على النخل بالتمر، المحاقلة: كراء الأرض للزراعة.

[١٩] رواه البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة مع اليهود، فتح الباري ١٥/٥، مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/١٠، أبو داود، كتاب البيوع، باب المساقاة، كتاب السنن ١٤٨/٤، سنن النسائي، كتاب المزارعة، باب ذكر الألفاظ المأثورة في المزارعة، سنن النسائي (بشرح السيوطي حاشية السندي) ٥٣/٧، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب معاملة النخيل والكرم، سنن ابن ماجه (بشرح السندي) ١٧٣/٤، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في المزارعة، سنن الترمذي ٤٢٧.

[٢٠] رواه مالك في الموطأ، كتاب كراء الأرض، المنتقى شرح الموطأ ٥٣/٧، البيهقي، كتاب المزارعة، باب ما جاء في النهي عن كراء الأرض، السنن الكبرى ٢٤١/٦.

ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة، أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه" [٢١].

وأما المعقول فما يلي [٢٢]:

أولاً: أن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها وهي الزراعة مع بقاء عينها، فجازت إجارتها بالأثمان قياساً على سائر الأعيان، كالدار التي يتم استيفاء المنفعة منها ببدل الإجارة.

ثانياً: إن الأرض تجوز إجارتها بالذهب والفضة كما أسلفنا في الحديث، فيجوز قياساً على ذلك إجارتها بالعروض، لأن كلا منهما يصلح أن يكون ثمناً، فجاز أن يكون بدلاً.

ثالثاً: إن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من المعاملة، فربما لا يملك الإنسان الأرض، وأن ملكها فربما لا يقدر على استغلالها بنفسه، والسواد الأعظم من الناس لا يملكون أرضاً، وربما كانوا أصحاب كفاية وأرباب خبرة بالزراعة. فكان من لطف الله تعالى أن يشرع لهم معاملة تنفس كربتهم وتحل مشكلتهم مصداقاً لقوله تعالى(أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَةَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ) [٢٣].

(٢) ذهب أبو حنيفة والشافعي وغيرهم إلى أنه تجوز إجارة الأرض وكراؤها بالذهب والفضة وبالطعام والثياب وسائر الأشياء سواء كان من جنس ما يزرع فيها أم من غيره، ولكن لا تجوز إجارتها بجزء ما يخرج منها كالثلث والربع، ولا يجوز أيضاً اشتراط زرع قطعة معينة [٢٤]. وأدلتهم على الجواز هي ما استدل به الجمهور.

أما أدلتهم على عدم الجواز بالثلث أو الربع أو استثناء قطعة معينة فهي ما يلي:

---

[٢١] المنتقى شرح الموطأ، ٥٤/٧.

[٢٢] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/ ١٩٥.

[٢٣] سورة الزخرف، آية ٣٢.

[٢٤] شرح صحيح مسلم ١٩٧/١٠، الاستذكار، ٥٤٣/٧، تكملة فتح الملهم ١/ ٢٧٨. فتح الباري ٢٥/٥، تنقيح المناظرة ٩٤.

١. ما روى أبو داود عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت، قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة، قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع" [٢٥].

ووجة الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض بثلث أو نصف أو ربع، والنهي يقتضي عدم الجواز.

٢. ما روى البخاري وغيره عن حنظلة بن قيس عن رافع بن خديج، قال: حدثني عماي، أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد النبي صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء أو شيء يستثنيه صاحب الأرض، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقلت لرافع: فكيف هي بالدينار والدرهم؟ فقال: رافع: ليس بها بأس بالدينار والدرهم" [٢٦].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض بما ينبت على الجداول أو السواقي الصغار أو بشيء يستثنيه صاحب الأرض، والنهي يقتضي عدم الجواز.

٣. ذهب مالك وأكثر أصحابه إلى أنه يجوز كراء الأرض بكل شيء خلا الطعام، فإنه لا يجوز كراؤها بشيء من الطعام [٢٧].

واستدلوا على جواز كرائها بالذهب والفضة والعروض بما استدل به الجمهور.

واستدلوا على عدم جواز كرائها بالطعام.

---

[٢٥] رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في المخابرة، السنن ١٤٧/٤.

[٢٦] رواه البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب كراء الأرض بالذهب والفضة، فتح الباري ٢٥/٥، النسائي، كتاب المزارعة، النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السندي)، ٤٣/٧.

الأربعاء: جمع ربيع، وهو الساقية الصغيرة.

[٢٧] شرح صحيح مسلم ١٩٨/١٠، الاستذكار، ٥٤٢/٧، تكملة فتح الملهم ٢٧٨/١. حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢١/٤ وما بعدها.

فتح الباري، ٢٥/٥، تنقيح المناظرة، ٩٥/٩٤.

بما روى رافع بن خديج – قال: كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا وأنفع، قال: قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض، فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى" [28].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض بثلث أو ربع أو بطعام مسمى، والنهي يقتضي عدم الجواز.

٤. ذهب ربيعة وسعيد بن المسيب إلى أنه يجوز كراء الأرض لمن شاء، ولكنه لا يجوز إلا بالذهب والفضة [29].

واستدلوا لذلك:

بما روى مسلم وغيره عن حنظلة بن قيس، أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض، فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض، قال: فقلت: أبالذهب؟ فقال: أما بالذهب والورق فلا بأس به" [30].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض مطلقاً واستثنى كراءها بالذهب والفضة.

---

[28] رواه مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٤/١٠، أبو داود، باب المزارعة، كتاب السنن ١٤٣/٤، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السندي) ٤٢/٧، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب استكراء الأرض بالطعام، سنن ابن ماجه (بشرح السندي)، ١٧٣/٣.

[29] شرح صحيح مسلم ١٩٧/١٠، الاستذكار ٥٤١/٧، تكملة فتح الملهم، ١/ ٢٧٨، فتح الباري ٢٥/٥.

[30] رواه مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٥/١٠-٢٠٦، أبو داود، باب المزارعة، السنن ٤/ ١٤٠، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي، وحاشية السندي) ٤٣/٧-٤٤.

المطلب الرابع

الفقهاء القائلون بمنع إجارة الأرض الزراعية وأدلتهم

ذهب الحسن البصري وطاوس وأبو بكر بن الأصم وابن حزم الظاهري، إلى أنه لا يجوز كراء الأرض بشيء، لا بدنانير ولا بدراهم ولا بعرض ولا بطعام مسمى ولا بشيءٍ أصلاً [٣١].

وممن ذهب إلى ذلك من المتأخرين الشيخ تقي الدين النبهاني وعبد الرحمن المالكي وسميح عاطف الزين وغيرهم [٣٢].

وقد استدلوا لذلك بالمنقول والمعقول:

أما المنقول فما يلي:

١- ما روى مسلم وغيره عن عطاء عن جابر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها، فإن لم يستطع أن يزرعها وعجز عنها فليمنحها أخاه المسلم، ولا يؤاجرها" [٣٣].

---

[٣١] ابن حزم ٤٣/٧ وما بعدها، شرح صحيح مسلم ١٩٨/١٠، الاستذكار ٧/ ٥٤١. تكملة فتح الملهم ٢٧٨/١، تنقيح المناظرة ٩٣.

[٣٢] النظام الاقتصادي في الإسلام ١٤١، السياسة الاقتصادية المثلى ٦٦، الإسلام، خطوط عريضة عن الاقتصاد، الحكم – الاجتماع ٧٩.

١- تقي الدين النبهاني، من مواليد قرية اجزم قضاء حيفا من فلسطين المحتلة، أسس حزب التحرير عام ١٩٥٣، نال الشهادة العالية من جامعة الأزهر، عمل قاضياً في محكمة الاستئناف بالقدس توفي ببيروت عام ١٩٧٧م.

٢- عبد الرحمن المالكي، سوري، من حزب التحرير، صاحب كتاب السياسة الاقتصادية المثلى، وله كتاب نظام العقوبات.

٣- سميح عاطف الزين، لبناني، مفكر إسلامي من حزب التحرير، عمل في مجال الدعوة عن طريق إصدار المؤلفات الموسوعية المتعددة، له كتاب الإسلام (الاقتصاد- الحكم- الاجتماع).

[٣٣] مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٧/١٠، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السندي) ٣٦/٧، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب كراء الأرض، سنن ابن ماجه (بشرح السندي) ١٦/٣.

ووجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم، نهى مالك الأرض عن إجارتها، والنهي يقتضي عدم الجوار.

٢. ما روى البخاري وغيره عن يحيى بن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبى فليمسك أرضه" [٣٤].

ووجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر صاحب الأرض أن يمسك أرضه إن لم يزرعها أو أن لم يمنحها أخاه، فدل ذلك إشارة إلى أنه لا يجوز له كراؤها.

٣. ما روى البخاري وغيره عن نافع أن ابن عمر، كان يكري مزارعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفي إمارة أبي بكر وعمر وعثمان وصدراً من خلافة معاوية، حتى بلغه في آخر خلافة معاوية، أن رافع بن خديج يحدث فيها بنهي عن النبي صلى الله عليه وسلم، فدخل عليه وأنا معه، فسأله، فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم، ينهى عن كراء المزارع، فتركها ابن عمر بعد، فكان إذا سئل عنها بعد، قال: زعم رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها" [٣٥].

---

[٣٤] البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر، فتح الباري ٢٢/٥، مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٠١/١٠، ابن ماجه، كتاب الرهون، سنن ابن ماجه (بشرح السندي)، ١٦٧/٣.

[٣٥] البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر، فتح الباري ٢٣/٥، مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٢/١٠، أبو داود، باب المزارعة كتاب السنن ١٤٢/٤، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، (سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي) ٤٤/٧-٤٥، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب كراء الأرض، سنن ابن ماجه (بحاشية السندي) ١٦٧/٣-١٦٨.

ووجه الدلالة:

أن ابن عمر رضي الله عنهما ترك كراء الأرض بعد أن بلغه نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض.

٤. ما روى البخاري وغيره عن أبي النجاشي – مولى رافع بن خديج بن رافع عن عمه ظهير بن رافع، قال ظهير، لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رافضا، قلت: ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق، قال: دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها أو ازرعوها أو امسكوها، قال رافع: قلت: سمعاً وطاعة" [٣٦].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن مؤاجرة الأرض على الربع أو على الأوسق والنهي يقتضي عدم الجواز.

٥. ما روى مسلم وغيره عن أبي سعيد الخدري قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة، والمزابنة اشتراء الثمر في رؤوس النخل، والمحاقلة كراء الأرض" [٣٧].

ووجه الدلالة:

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة وقد فسرها راوي الحديث بأنها كراء الأرض والنهي يقتضي عدم الجواز.

---

[٣٦] البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر، فتح الباري ٢٢/٥، مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض– صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٥/١٠، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي، وحاشية السندي) ٤٩/٧، ابن ماجه كتاب الرهون، باب ما يكره من المزارعة، سنن ابن ماجه (بشرح السندي) ٣/ ١٧٠، محاقلكم: مزارعكم.

[٣٧] مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ٢٠١، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع، سنن النسائي (بشرح السيوطي وحاشية السندي)، ٣٩/٧.

قال ابن حزم: فهؤلاء شيخان بدريان (عما رافع)، ورافع بن خديج، وجابر، وأبو سعيد، وأبو هريرة، وابن عمر، كلهم يروي عن النبي عليه السلام، النهي عن كراء الأرض جملة، وأنه ليس إلا أن يزرعها صاحبها، أو يمنحها غيره، أو يمسك أرضه فقط، فهو نقل تواتر، موجب للعلم المتيقن، فأخذ بهذا طائفة من السلف" [٣٨].

ثم قال: فهؤلاء، عطاء، ومجاهد، ومسروق، والشعبي، وطاوس، والحسن، وابن سيرين، والقاسم بن محمد، كلهم لا يرى كراء الأرض أصلا، لا بدنانير ولا بدراهم، ولا بغير ذلك" [٣٩].

وقد استثنى ابن حزم من ذلك كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، فقال: ثم وجدناه قد صح ما رويناه من طريق البخاري عن نافع عن ابن عمر، أنه أخبره، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر" [٤٠].

وقد ذهب بعض المحدثين إلى القول بعدم جواز كراء الأرض، فساق الحجج التالية [٤١]:

<u>أولاً</u>: أن كراء الأرض لا يتعدى أن يتقاضى المالك جعلاً ثابتاً في أمد معين، نظير تمكن المزارع من أرضه ليفلحها ويستنبتها، أو بعبارة أخرى، إنما الكراء في الأرض إعطاء المالك أرضه –أو رأسماله- إلى من هو في حاجة إليه ليستغله ويكسب إن استطاع من وراء هذا الاستغلال، وذلك نظير أجر ثابت يتقاضاه صاحب رأس المال، وهذا مخالف للإسلام في أحكامه الخاصة والعامة. إذ لا يعدو أن يكون شكلاً من أشكال الإقراض بفائدة.

<u>ثانياً</u>: إن القاعدة الإسلامية العامة في المعاملات ألا يعيش الفرد من عمل غيره نظراً لانتفاء العدالة وانتقاض المساواة بين أفراد المجتمع، والواجب إذا ما طبقنا القواعد الإسلامية أن يثاب الفرد بعمله، كما أن الإسلام حرص أشد الحرص

---

[٣٨] المحلى ٤٥/٧.

[٣٩] المحلى ٤٧/٧.

[٤٠] المحلى ٤٧/٧، وحديث ابن عمر صحيح – سبق تخريجه.

[٤١] انظر: خطوط رئيسية في الاقتصاد الإسلامي، ٩٢ وما بعدها.

على أن يكون أفراد المجتمع كلهم عاملين منتجين، لا ينقطع لهم عمل أو إنتاج.

ثالثاً: إن من روح التشريع الإسلامي، النهي الصريح القاطع عن وجود طبقات متمايزة متنابذة متحاسدة متنافرة في المجتمع كما أن الإسلام لا يقبل أن يكون تفاوت الرزق سبباً لاستعلاء طائفة على أخرى.

المطلب الخامس

مناقشة الأدلة والترجيح

ناقش المجيزون أدلة المانعين بما يلي:

١- إن النهي في الأحاديث التي استدللتم بها، محمول على كراهة التنزيه، وليس على التحريم، والمقصود بها الإرشاد إلى الإعارة، وبيان ما هو خير لصاحب الأرض، ويدل على ذلك ما رواه البخاري ومسلم عن عمرو بن دينار، قال: قلت لطاوس، لو تركت المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها، فقال: أي عمرو، إني أعطيهم وأعينهم، وإن أعلمهم (يعني ابن عباس) أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه، ولكن قال: أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجاً معلوماً" [٤٢].

قال ابن حجر: ولم يرد ابن عباس بذلك نفي الرواية المثبتة للنهي مطلقاً، وإنما أراد أن النهي عنه ليس على حقيقته، وإنما هو على الأولوية [٤٣].

ويؤيد ذلك ما رواه الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لم يحرم المزارعة، ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض" [٤٤].

---

[٤٢] البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، فتح الباري ١٤/٥، مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، صحيح مسلم بشرح النووي ٢٠٨/١٠.

[٤٣] فتح الباري ١٥/٥.

[٤٤] الترمذي، كتاب الأحكام، باب من المزارعة، السنن ٤٢٧، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

٢- أن النهي عن كراء الأرض إنما كان إذا أفضى إلى الجهالة والغرر، ويدل على ذلك ما رواه مسلم والبخاري عن رافع ابن خديج، قال: كنا أكثر الأنصار حقلاً، قال: كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، وأما الورق فلم ينهنا" (٤٥).

وما روى مسلم عن حنظلة بن قيس الأنصاري، قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء، إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" (٤٦).

ولا شك أن جهالة الكراء تفضي إلى المخاصمة والنزاع، ولعل هذا من أسباب النهي عن كراء الأرض ويدل على ذلك ما رواه أبو داود والنسائي، وابن ماجه عن عروة بن الزبير قال: قال زيد بن ثابت: يغفر الله لرافع بن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتاه رجلان من الأنصار قد اقتتلا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع" زاد مسدد فسمع قوله: لا تكروا المزارع" (٤٧).

قال في الفتح الرباني: معناه إن كان الكراء يؤدي إلى التنازع والخصام فلا تكروا، ومفهومه أنه إذا لم يؤد إلى ذلك فلا نهي عنه" (٤٨).

٣- إن منع كراء الأرض قد يبقيها معطلة، ذلك أن صاحبها قد لا يستطيع زراعتها لسبب أو لآخر، ولا تطيب نفسه أن يعيرها لغيره، والإنسان بطبعه شحيح بما

---

(٤٥) مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض ٢٠٦/١٠، البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما يكره من الشروط في المزارعة ١٥/٥.

(٤٦) مسلم، كتاب البيوع، باب كراء الأرض ٢٠٦/١٠.

(٤٧) أبو داود، باب المزارعة، السنن ١٣٨/٤، النسائي، كتاب المزارعة، باب النهي عن كراء الأرض، (بشرح السيوطي وحاشية السندي) ٥٠/٧، ابن ماجه، كتاب الرهون، باب ما يكره من المزارعة، السنن (بحاشية السندي) ٣/ ١٧١.

(٤٨) الفتح الرباني ١٢١/١٥.

يملك، فإذا منع الكراء فقد تعطلت الأرض، وذلك من تضييع المال المنهي عنه شرعاً، بل إن الأرض قد تؤول ملكيتها إلى أيتام لا يقوون على العمل، وهم بحاجة إلى نفقة، فإذا امتنع كراء أرضهم، فمن أين لهم النفقة؟ وإذا قلنا عليهم أن يعيروها إلى الغير، فكيف يكون التصرف بمالهم بما لا يعود عليهم بالغبطة؟ لذا كان السبيل الوحيد لهم ليستفيدوا من أرضهم أن يقوموا بكرائها.

٤- إن ما ذكره ابن حزم من جواز كراء الأرض بشطر ما يخرج منها، لا شك أنه مشروع، غير أنه ليس كافياً لسد حاجات الناس، وسعيهم إلى استثمار الأرض بالزراعة، ناهيك عن أن ذلك يحتاج إلى رقابة المالك، وأمانة العامل، كي يحصل كل واحد على حقه، فكيف بالأمر إذا خربت الذمم وغابت المراقبة؟ لذلك كان الكراء بالذهب والفضة، وبكل شيء معلوم مضمون أسلم حالاً وأبعد عن الحرج والمشقة.

وأما ما ساقه بعض المحدثين من حجج للقول بعدم جواز كراء الأرض فيرد عليه:

أولاً : إن إجارة الأرض لا يصح قياسها على الربا، لأن الأرض يرتفع سعرها وينخفض، فهي ليست رأسمالاً ثابتاً ينال عليه صاحبها فائدة معلومة في جميع الأحوال، ثم إن الإقبال على استئجار الأراضي متعلق برغبات الناس وميولهم وقدراتهم على الزراعة، فقد لا تؤجر الأرض وفي ذلك حرمان من منفعتها، كما أن المالك إذا أراد أن يربح عن طريق تأجير أرضه، فلا بد أن يسوق إليها الماء ويعدها للزراعة ليقبل الناس عليها.

ثانياً: إن كراء الأرض لا يعني أن فرداً يعيش من عمل غيره، بل إن كراء الأرض يعني أن صاحب الأرض يقدم أرضه والمكتري يعمل فيها، فإذا حصل من ذلك نفع فهو للطرفين، هذا من أجرة أرضه، وذاك من غلة زرعه، وإذا أصابت الزرع جائحة فإن في التشريع الإسلامي ما يعالج هذه المسألة ويحقق العدالة فيها.

ثالثاً: إنه لا يجوز الاستدلال بواقع معين، سببت فيه إجارة الأراضي بعض المشكلات، وبخاصة في إيجاد طبقة من الملاك تتمتع بحقوق لا تتيسر لغيرهم من الناس،

فهذا أمر لا يد للإسلام فيه، ولا يستدل عليه به، وفي الإسلام من القواعد ما يمنع مثل هذه الأوضاع.

ناقش المانعون أدلة المجيزين بما يلي:

١. إن الحديث الذي استدللتم به على جواز الكراء بالذهب والفضة وهو قول رافع: أما الذهب والفضة فلا بأس به هو مدرج من كلام رافع بن خديج الراوي للحديث، والحجة في كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا في كلام أحد سواه ويجاب على ذلك، بأن هذه العبارة ليست من كلام رافع بن خديج. والدليل على ذلك، ما روى الإمام أحمد عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: أن أصحاب المزارع في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم، كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبت، فجاؤوا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاختصموا في بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال: أكروا بالذهب والفضة" [٤٩]. فورود هذه العبارة على هذا النحو في حديث سعد رضي الله عنه، يدل على رفع الجملة التي يدّعي المانعون أدراجها.

٢. إن حديث سالم بن عبد الله بن عمر لما سئل، هو جواب من نفسه، والحجة في كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا في كلام أحد سواه، لأنه معارض لما روي عن كثير من الصحابة من منع كراء الأرض.

ويجاب على ذلك، بأن الذي ورد عن سالم تعضده الروايات الكثيرة، التي ورد فيها جواز الكراء بالذهب والفضة، وعلى أية حال. وإن كان الجواب من عنده، فقد وافق الأحاديث الصحيحة التي تدل على الجواز، وأن النهي هو عما فيه مفسدة وغرر.

٣. إن في كراء الأرض غرراً وضرراً قد يصيب الإنسان المكتري، لأن صاحب الأرض يأخذ أجرة أرضه دون أن يدفع شيئاً، والأرض قد تصيبها الآفات،

---

[٤٩] أحمد، كتاب المساقاة والمزارعة، باب حجة من منع كراء الأرض ببعض ما يخرج منها إلا بالذهب والفضة، الفتح الرباني ١٢٠/١٥.

وتنزل بها الجوائح، ثم يرد المستأجر الأرض إلى مالكها دون أن ينتفع بها نظير الأجرة التي دفعها ويجاب على ذلك، بأن الحالات التي يهلك بها الزرع، أو تصيبه الآفة، محكومة بقاعدة وضع الجوائح التي شرعها الإسلام، والتي من شأنها أن تخفف من ثقل الخسارة على المكتري.

الترجيح:

بعد مناقشة أدلة الفريقين، يترجح القول بجواز كراء الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض وبجزء مما يخرج منها، وأن النهي عن كراء الأرض إنما كان لجهالة البدل أو لأجل مواساة المهاجرين الذين تركوا أموالهم في مكة، ولم تكن لهم أرض يزرعونها، وقد أشار إلى ذلك الصنعاني في سبل السلام، عند شرحه لحديث مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة".

فقال:

وفي النهي عن المزارعة أحاديث ثابتة، وقد جمع بينها وبين الأحاديث الدالة على جوازها: بوجوه أحسنها، أن النهي كان في أول الأمر لحاجة الناس، وكون المهاجرين ليس لهم أرض، فأمر الأنصار بالتكرم بالمواساة، ويدل له ما أخرجه مسلم من حديث جابر قال: كان لرجال من الأنصار فضول أرض وكانوا يكرونها بالثلث والربع، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبى فليمسكها".

وهذا كما نهوا عن ادخار لحوم الأضحية ليتصدقوا بذلك، ثم بعد توسع حال المسلمين زال الاحتياج فأبيح لهم المزارعة، وتصرف المالك في ملكه بما شاء من إجارة وغيرها، ويدل على ذلك ما وقع من المزارعة في عهده صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء من بعده، ومن البعيد غفلتهم عن النهي وترك إشاعة رافع له في هذه المدة، وذكره في آخر خلافة معاوية.

قال الخطابي: "قد عقل المعنى ابن عباس وأنه ليس المراد تحريم المزارعة بشطر ما تخرجه الأرض، وإنما أريد بذلك أن يتمانحوا وأن يرفق بعضهم ببعض"[50].

نتائج البحث:

تالياً النتائج التي توصل إليها الباحث:

أولاً: إن إجارة الأرض الزراعية مشروعة وجائزة وهي إحدى سبل استثمار الأرض الزراعية والإفادة منها.

ثانياً: إن النهي عن إجارة الأرض الزراعية محمول على كراهة التنزيه، وإنه كان أول الأمر لمواساة المهاجرين الذين تركوا أرضهم وأموالهم في مكة.

ثالثاً: إن إجارة الأرض الزراعية جائزة بالذهب والفضة وسائر العروض، وببعض ما يخرج من الأرض.

رابعاً: إن الشريعة الإسلامية أعطت ولي الأمر الحق في تنظيم التعامل بين الناس، ومن ذلك إجارة الأرض الزراعية، وبما يحقق مصلحة مالك الأرض ومؤجرها، والعامل المستأجر.

خامساً: إن إجارة الأرض الزراعية تحل مشكلة مالكي الأراضي، الذين لا يمكنهم زراعة الأرض بأنفسهم، أو لا يملكون الأموال التي تعينهم على زراعة الأرض.

المراجع :

١) ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، مراجعة وتعليق محمد عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨، دار الكتب العلمية، لبنان.

---

[50] سبل السلام، ٣/٧٧-٧٨.

٢) ابن جماعة، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، تنقيح المناظرة في تصحيح المخابرة، تحقيق وتعليق د. أبو إلياس علي عزوز، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م، دار التراث، الجزائر، دار ابن حزم، لبنان.

٣) ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري، المطبعة السلفية ومكتبها، مصر.

٤) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، دار الكتب العلمية، لبنان.

٥) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

٦) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

٧) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق حسان عبد المنان، د. محمود القيسية، الطبعة الرابعة، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، مؤسسة النداء، أبو ظبي.

٨) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني (مع الشرح الكبير)، بعناية جماعة من العلماء، ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م، دار الكتاب العربي، لبنان.

٩) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، السنن (بحاشية السندي)، تحقيق خليل شيحا، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، دار المعرفة، لبنان.

١٠) أبو السعود، محمود، خطوط رئيسية في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت.

١١) أبو داود، سليمان بن الأشعث، السنن، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، دار القبلة، السعودية، مؤسسة الريان، لبنان.

١٢) أنيس، إبراهيم ورفاقه، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر.

١٣) الباجي، ابو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، لبنان.

١٤) البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري (مع شرح فتح الباري)، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٨٠هـ.

١٥) البنا، أحمد عبد الرحمن، الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأماني، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

١٦) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تخريج وتعليق، إسلام منصور عبد الحميد، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، دار الحديث، مصر.

١٧) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، السنن، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م، دار ابن حزم، لبنان.

١٨) الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

١٩) الزين، سميح عاطف، الإسلام (خطوط عريضة عن الاقتصاد، الحكم، الاجتماع)، الطبعة الرابعة ١٩٨١م، دار الكتاب اللبناني، بيروت.

٢٠) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٢١) الصاوي، أحمد بن محمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، مصر.

٢٢) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

٢٣) العثماني، محمد تقي، تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، لبنان.

٢٤) الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م، دار الفكر، لبنان.

٢٥) المالكي، عبد الرحمن، السياسة الاقتصادية المثلى، ١٣٨٣هـ/ ١٩٦٣م.

٢٦) النبهاني، تقي الدين، النظام الاقتصادي في الإسلام، الطبعة السادسة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع.

٢٧) النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن، عناية عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار البشائر الإسلامية، لبنان.
٢٨) النووي، يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، مكتبتها.
٢٩) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم (مع شرح النووي)، المطبعة المصرية ومكتبتها.
٣٠) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت.

٢/ رقابة القضاء على أعمال الإدارة

إعداد / عثمان النور عثمان الحاج

كلية القانون ـ جامعة النيلين

أهمية الموضوع :

تنبع أهمية دراسة تطور القضاء الإداري في السودان وذلك عند البحث في مراحل تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة عند تطبيق مبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الإدارية وحرية الأفراد في اللجوء إلى إجراءات التقاضي لإلغاء القرارات الإدارية والتعويض أو ماهو معروف بقضاء الإلغاء والتعويض في كل مراحل التطور ما قبل الاستقلال وما بعد الاستقلال وما بعد الاستقلال وصدور دستور مكتوب باعتبار أن حق التقاضي من الحقوق الدستورية في كل المراحل التي تلت نيل السودان لاستقلاله.

لذلك سنتعرض إلى لمحة تاريخية للرقابة القضائية في السودان وذلك بالبحث في الأحكام الصادرة من القضاء وما تلى ذلك من صدور تشريعات أخذت بما أرسته أحكام القضاء في السودان.

لمحة تاريخية لرقابة القضاء في السودان عن نشأة وتطور القضاء الإداري في إنجلترا وذلك أن السودان منذ وقوعه تحت وطأة الاستعمار الإنجليزي منذ عام ١٨٩٨م قد طبقت فيه الشريعة الإنجليزية العامة الـ Common Law والتي تقوم على السوابق القضائية والعرف. ولذلك ومنذ البداية فقد اختص القضاء العادي بالنظر في الطعون الإدارية من أدنى المحاكم إلى أعلاها أي أن السودان أخذ بنظام القضاء الموحد على خلاف القضاء الإداري في فرنسا ومصر اللتين أخذتا بالقضاء المزدوج بمعنى أن القضاء الإداري يقف بجانب القضاء العادي للفصل في المنازعات الإدارية. ونظام الطعن في القرار الإداري بشكله الحالي، عرفه السودان لأول مرة بموجب قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٧٢م، حيث نظم القانون إجراءات الطعن بالإلغاء والتعويض، محدداً شروطه التي كانت وأسبابه ومواعيده ثم نص عليه في القوانين اللاحقة.

وقبل قانون ١٩٧٢م كانت وسائل القانون العام الإنجليزي Common Low لرقابة القضاء على أعمال الإدارة هي السائدة في التطبيق القضائي .. والتطبيق القضائي لهذه الوسائل لم يكن استناداً على نص تشريعي، وإنما بحكم التبعية التي كانت تسيطر على الفكر القانوني في السودان، إلا أنه بعد الاستقلال في عام ١٩٥٦م أخذ القضاء يستند في رقابته على أعمال الجهات الإدارية على نص المادة ٧ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م، والتي تقرر خضوع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية لحكم القانون، ولكن بذات الوسائل، التي منشئها القانون العام الإنجليزي.

ومن أهم الدعاوى التي أخذ بها القضاء السوداني هي :

أولاً : دعوى Mandamus :

المقصود بهذه الدعوى أن يكون هناك واجب قانوني (أي مقرر بموجب القانون) على الجهة الإدارية أداؤه، إلا أنها ترفض أو تمتنع عن أداء هذا الواجب ولذا يحق لمن يتضرر من رفض الإدارة أو إمتناعها، أن يطلب من القضاء، إلزام جهة الإدارة بأداء الواجب القانوني.

لذا يمكن أن نطلق عليها بحسب الغاية منها دعوى الإلزام بالواجب القانوني.

وتطبيقاً لهذه الدعوى، قضت محكمة الاستئناف العليا (١٩٥٠) بقبول الطعن بهذه الدعوى، ضد قرار السلطة المرخصة بمقتضى قانون حركة المرور، بإلغاء رخصة سائق عربة أجرة لسوء سلوكه بتعدد سوابقه، وذلك لعدم السماح له بتقديم بيئة مناهضة، مما يخالف واجب قانوني.

ثانياً : دعوى (Certiorari) :

المراد بهذه الدعوى، هو أمر تصدره المحكمة الأعلى للجهة الإدارية، التي تمارس أعمالاً شبه قضائية بأن ترسل لها محضر النزاع بفحصه ومراجعته، لتحكم فيه أو تصحح الأخطاء والمخالفات القانونية، أو تمنع إساءة استعمال الاختصاص أو سوء القصد.

وتطبيقاً لهذه الدعوى، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف العليا ١٩٥٦م، (أن قرار النائب العام بمقتضى قانون الإجراءات الجنائية وقتئذ وقبل إتمام التحريات قرار شبه قضائي يمكن الطعن فيه عن طريق هذه الدعوى ويمكن أن تسمى هذه الدعوى بحسب الغاية منها بدعوى (فحص محضر الإجراءات)).

ثالثاً : دعوى (Habeas corpus) :

ومقتضاها أمر تصدره المحكمة تكلف فيه الجهة الإدارية بإحضار الشخص المحبوس أو المحجوز لديها أمام المحكمة مع بيان تاريخ وأسباب الحبس والقصد من هذه الدعوى هو منع الحبس أو الحجز غير المشروع وبحسب هذه الغاية يمكن تسميتها بدعوى (فحص مشروعية الحبس).

وتطبيقاً لهذه الدعوى، فقد قبلت محكمة الاستئناف العليا (١٩٥١) هذه الدعوى ضد قرار تسليم والد لابنتيه بطريقة التنفيذ الجبري، واستعماله للقوة وذلك تنفيذاً لحكم له بحضانتها، حيث اعتبرت المحكمة استعمال الوالد للقوة الجبرية في استعجاله لابنتيه البالغتين وحجزهما في منزله أمر غير مشروع، ولذا أمرت بإرجاعهما لوالدتهما وهذا الحكم هو إقرار من القضاء بهذه الدعوى وإمكانية أعماله ضد الجهة الإدارية.

لقد صدرت في السودان عدة قوانين إجراءات مدنية منذ بداية الحكم الثنائي في عام ١٨٩٩م وحتى الآن على الوجه الآتي :

١- قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م.
٢- قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م.
٣- قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٧٢م.
٤- قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م.
٥- قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.
٦- قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة ١٩٩٦م.
٧- قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م.

لم تنشئ هذه القوانين آلية خاصة لفض المنازعات الإدارية وإنما تركت ذلك كما ذكرنا إلى القضاء العادي وإن إطلاق اسم المحاكم الإدارية في السودان هو تعبير خاطئ لأنه ليس هناك محاكم إدارية تنص عليها [1].

إنما توجد محاكم مدنية عادية تختص فيها دوائر بنظر الطعون الإدارية سواء في المحاكم العامة أو محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا.

وقد كانت تتولى الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المحكمة العليا في السودان قبل استقلال البلاد وفي السنوات التالية للاستقلال، ثم أصبحت المحكمة الكلية بصدور قانون المرافعات لسنة ١٩٧٢م.

وحل محل هذا القانون بعد إلغائه قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م الذي خص محكمة المديرية بالطعن في القرارات الإدارية وعدل القانون في سنة ١٩٧٧م فأصبح الاختصاص لمحكمة الاستئناف بموجب القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٧م.

ثم صدر قانون الإجراءات المدنية الذي ألغى قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م وأعطى قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م اختصاص النظر في الطعون الإدارية إلى جهتين مختلفتين ففي المادة ١٦ (ج) أعطى القانون الاختصاص للمحكمة العليا في الفصل في الطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها الحكومة المركزية وأجهزتها. وفي المادة (ب) أعطى القانون الاختصاص لمحكمة الاستئناف للفصل في الطعن في القرارات الإدارية ما عدا التي تصدرها الحكومة المركزية. وفي سنة ١٩٨٦م عدل قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م وبمقتضى هذا التعديل أصبح الاختصاص لمحكمة المديرية للفصل في الطعون في القرارات الإدارية الفقرة (هـ) التي أضيفت للمادة (١٨) من قانون الإجراءات المدنية.

صدر قانون القضاء الدستوري ونظم الاختصاص في الطعون الإدارية على الوجه الآتي :

---

[1] مبادئ القانون الإداري في السودان الطبعة الثانية ١٩٩٩م، ص ١٦-٢٢.

١. نصت المادة ١/٢٠ على أن (يرفع إلى القاضي المختص بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من رئيس الجمهورية أو من مجلس الوزراء الاتحادي أو حكومة أي ولاية أو وزير اتحادي أو ولائي).

والقاضي المختص هو قاضي فرد من المحكمة العليا ويكون له اختصاص ابتدائي في إلغاء القرارات الصادرة من الجهات التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ٢٠ أعلاه.

٢. و نصت المادة ٢/٢٠ على أن (يرفع إلى محكمة الاستئناف المختصة بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من أي سلطة عامة أخرى غير المذكور في البند (١) ومحكمة الاستئناف هذا هي قاضي محكمة الاستئناف كقاضٍ فرد).

و أخيراً صدر قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م حيث نص في المادة ٤ :

(١) يرفع إلى قاضي المحكمة المختص (القاضي المختص بنظر الطعون الإدارية بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء الاتحادي أو وزير اتحادي).

(٢) يرفع إلى قاضي محكمة الاستئناف المختص (أول درجة) بعريضة كل طلب طعن في قرار إداري صادر من أي سلطة عامة أخرى غير المذكورة في البند (١).

الفارق بين النظامين الحالي والسابق :

ولكن ماهو الاختلاف بين النظامين الحالي والسابق ؟ فكل من النظامين يستهدفان القرار الإداري، والقصد هو منع الإدارة من مخالفة حكم القانون، رغم وحدة المقصد بينهما، إلا أنهما يختلفان في أمور عديدة :

<u>أولاً :</u> النظام الحالي من وضع المشرع أما النظام السابق من وضع أحكام القضاء.

<u>ثانياً :</u> النظام الحالي الطعن يجب أن يقوم على واحد أو أكثر من أسباب واردة على سبيل الحصر، أما النظام السابق فأسبابه غير محصورة، وإنما مبادئ عامة وأحياناً غير واضحة، مما يقتضي الرجوع إلى مصادرها التاريخية أي القانون الإنجليزي.

ثالثاً : النظام الحالي وسائله محددة ومعينة ، أما الطعن فيه بطريقة الدعوى أو الاستئناف الذي ينص عليه القانون، أما النظام السابق فإن وسائله غير محصورة بنصوص قانونية.

رابعاً : النظام الحالي أكثر تحديداً أو انضباطاً ، أما السابق فمصادره متشعبة ومتعددة[2].

وهذا الاختصاص هو الاختصاص الابتدائي فكانت محكمة المديرية تتولى الاختصاص في الطعن الإداري لمحكمة أول درجة ثم يخضع قضاؤها للاستئناف أمام محكمة الاستئناف ثم أمام المحكمة العليا.

وعندما تعدل الاختصاص ليصبح بيد قاضي محكمة الاستئناف في بعض الأحوال وبيد قاضي المحكمة العليا في أحوال أخرى فإن قضاء كل من هذين يخضع للاستئناف أمام المحكمة العليا أي أن الاستئناف أصبح بدرجة واحدة وليس لدرجتين[3].

كان ذلك بالنسبة لقضاء الإلغاء أما بالنسبة لقضاء التعويض فإن المادة (٢٤) من القانون نصت على أن :

يفصل القاضي المختص أو محكمة الاستئناف بحسب الحال في طلبات التعويض عن الضرر الناتج عن القرارات الإدارية أياً كانت قيمتها سواء رعت بصفة أصلية أو بطريقة التبعية لطلب إلغاء القرار الإداري.

وقد نص قانون القضاء الدستورية والإداري على إجراءات الطعن في المادة (٢٠).

ونص على ميعاد الطعن في المادة ١/٢ وعلى بدء ميعاد الطعن في المادة ٢/٢١. ونص على وقف تنفيذ القرار الإداري في المادة (٢٢) ثم نص على شروط قبول الطعن في المادة

---

(2) المرجع : القرار الإداري تعريفه وإجراءات الطعن فيه في القانون السوداني، تأليف يوسف عثمان بشير، قاضي المحكمة العليا الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ١٠-١٣.

(3) المرجع السابق، مبادئ القانون الإداري في السودان، ص ١١٣-١١٤.

(٢٢) ثم المادة (٢٥) على إجراءات نظر الطلب بأن تتبع في رفع الطلب والفصل فيه الإجراءات المقررة لرفع الطلب والإجراءات المقررة لرفع الدعوى ونظرها والفصل فيها.

ونص في المادة (٢٧) على صلاحية الحكم للتنفيذ ثم نص أخيراً على كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة سواء بالإلغاء أو التعويض في المادة (٢٨). وكان القانون قد نص على أسباب الطعن في الفقرة (د) من المادة (٢٣) والتي جاء نصها على النحو الآتي :

لا يقبل الطعن الإداري :

((د) إلا إذا كان الطلب مبنيًا على عدم اختصاص الجهة التي أصدرت القرار، المطعون فيه أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة للقوانين أو خطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة).

٣- الرقابة بين القضاء العادي والقضاء المختص :

رقابة القضاء على أعمال الإدارة في القانون المقارن من حيث الجهة المناط بها أعمال الرقابة تتمثل في نظامين :

أولهما : يعهد بها إلى القضاء العادي كما هو الحال في السودان.

ثانيهما : يوكلها إلى قضاء مستقل قائم بذاته يسمى القضاء الإداري، وقد نشأ هذا النظام في فرنسا ونقلته منها بعض البلدان العربية كمصر.

أما في الإسلام فيقر مبدأ تعدد جهة القضاء فولاية القضاء في الإسلام لا تقتصر على القضاء العادي الذي يختص بالفصل في الخصومات المالية والأحوال الشخصية والجنايات بل هناك قضاء المظالم، الذي يتولى بسط الرقابة على الولاة والحكام وكبار رجال الدولة وعمالها ونظر المظالم ضدهم [4].

فولاية المظالم قضاء ممتزج بالتنفيذ وسطوة السلطان أو كما يقول ابن خلدون في مقدمته ص ١٤٨ (هي وظيفة ممتزجة من سطوة السلطان ونصفه القضاء) فهو قضاء يمارس الرقابة على أعمال الدولة وهذه الرقابة يباشرها من تلقاء نفسه، وبعض الاختصاصات بناء على تظلم من الأفراد.

---

[4] الأحكام السلطانية، الماوردي، ص ٩٧ وما بعدها.

أما السودان، فيأخذ بنظام القضاء الواحد، حيث يقوم القضاء العادي بالفصل في الخصومات الإدارية وكان الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م ينص على أن السلطة القضائية هي التي تباشر الوظيفة القضائية فالمادة ١٢١ من الدستور كانت تقرر أن ولاية القضاة في جمهورية السودان لسلطة مستقلة هي السلطة القضائية كما تنص المادة (١٣) من قانون السلطة القضائية لسنة ١٤٠٦م أن ولاية المحاكم هي الفصل في كافة المنازعات والجرائم وبذلك قد كفل الدستور حق التقاضي بموجب القانون أمام المحاكم إلى أن صدر دستور السودان لعام ١٩٩٨م والذي نص في المادة (٣١) " الحق في التقاضي مكفول لجميع الأشخاص، ولا يجرم أحد من دعوى ولا يؤخذ في خصومة جنائية أو في معاملة إلا وفقاً لأحكام القانون وإجراءاته".

إذا كان دستور ١٩٩٨م قد نص على أن يجري التقاضي وفقاً للقانون وإجراءاته وكفل بذلك حق التقاضي فإن مخالفة الإجراءات في هذه الحالة تكون مخالفة لما نص عليه الدستور، وأعطى السلطة لنقض القوانين التي تخالف الدستور، إذ تنص المادة (٣٤) منه "لكل شخص متضرر استوفى التظلم والشكوى للأجهزة التنفيذية والإدارية الحق في اللجوء للمحكمة الدستورية لحماية الحريات والحرمات ويجوز للمحكمة الدستورية ممارسة سلطتها بالمعروف في نقض أي قانون أو أمر مخالف للدستور ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن ضرره [5]. ومعنى هذا أن السلطة القضائية هي التي تختص وحدها بالفحص في كافة المنازعات المدنية والإدارية ورقابة القضاء على أعمال الإدارة لا يباشرها القضاء من تلقاء نفسه وإنما بناءً على تظلم من الأشخاص برفع دعوى (إلغاء أو تعويض) أو استئناف ضد القرار الإداري.

خضوع سلطات الدولة لحكم القانون :

لقد نص القانون على الجانب الإجرائي الذي يضمن سيادة حكم القانون. وهو كيفية ممارسة رقابة كل سلطة على الأخرى وفي شأن رقابة القضاء على كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية. إذن فرقابة القضاء واحدة، بالنسبة لقرارات المحاكم

---

[5] مبادئ القانون الإداري، محمد محمود أبوقصيصة، ص ٣٩.

أو السلطات الإدارية أو السلطة التشريعية متى أخلت واحدة من هذه الجهات بقاعدة الـ Due process of Law أو المسوغ القانوني (وليس مجرد القانون) وهي قاعدة تعرف في القانون الإنجليزي بقاعدة حكم القانون وتعرف في القانون الفرنسي بقاعدة المشروعية [6]. لذلك فالقانون قد نص على وسائل هذه الرقابة التي تتمثل في الآتي :

أولاً : وسائل رقابة القضاء على السلطة التنفيذية :

ينص القانون على خضوع السلطة التنفيذية والإدارية لحكم القانون في ممارستها بوظيفتها حيث تقرر المادة ٢٣ من قانون تفسير القوانين خضوع الحكومة لجميع القوانين وينص قانون الإجراءات المدنية على وسائل الرقابة لتحقيق مبدأ الخضوع لحكم القانون:

١/ الطعن في القرارات الإدارية.

٢/ الطعن في قانونية التشريعات التفويضية والفرعية أمام المحكمة العليا.

ثانياً : وسائل رقابة القضاء على السلطة التشريعية :

لقد نص القانون على رقابة القضاء على السلطة التشريعية وهي تمارس وظيفتها في التشريع وتتمثل وسائله في الآتي :

١/ الطعن بعدم دستورية القوانين أمام المحكمة العليا.

٢/ دعوى حماية الحقوق والحريات الأساسية أمام المحكمة.

وحيث إن البحث يقتصر على جانب من رقابة القضاء على السلطة التنفيذية وهو الجانب المتعلق بالطعن في القرارات الإدارية وهذا الجانب تبدو أهميته أنه يختص بالعلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد وحقوق الأفراد.

المبحث الأول

القرار الإداري في أحكام القضاء

تعرض القضاء في عدد من الأحكام لتعريف القرار الإداري وبطبيعة الحال خضوعه للرقابة القضائية في قضاء الإلغاء والتعويض، ولكن لم يتخذ القضاء منهجاً

---

[6] مبادئ القانون الإداري، محمد محمود أبو قصيصة، الطبعة الثانية، ص ٣٥٠.

واحداً، فأحياناً يأخذ بمعيار شكلي وبصورته المطلقة مما يوسع في معنى القرار الإداري، وأحياناً أخرى بمعيار شكلي وبصورته المطلقة مما يوسع في معنى القرار الإداري، وأحياناً أخرى بمعيار مختلط ولكنه غير كاشف للخصائص القانونية للقرار الإداري. كما أنه غير مانع من أن ينطوي على قرارات غير إدارية ولهذا تجد من الصعوبة أن نستخلص في قضاء المحكمة العليا معياراً عاماً أو خاصاً محدداً يمكن الاستهداء به في أي تطبيقات مماثلة تجد في المستقبل [7].

من أمثلة الأخذ بالمعيار الشكلي حكم المحكمة العليا في ١٩٨١/٨/٢٤م والذي اعتبر قرار محافظ المديرية بعدم موافقته على تعديل سجل الأرض المتنازع عليها قراراً إدارياً. بل إن الحكم اعتبر كل قرار يصدر من فرد أو هيئة تابعة للسلطة التنفيذية أثناء ممارسة الوظيفة أياً كانت طبيعته، قراراً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء.

وكذلك أخذت المحكمة العليا في قضية أخرى بالتمييز بين نوعين من القرارات الإدارية [8].

أولهما ما اعتبرته قراراً إدارياً بالمعنى (الضيق وهو حين تكون السلطة الإدارية طرفاً في النزاع، وهو ما تفعله وفق صلاحياتها القانونية).

والنوع الثاني : وهو الأخذ بالمعنى الواسع، وهو أن تكون الجهات الإدارية حكماً في منازعة بين طرفين وليست طرفاً في النزاع واعتبرت هذه النوعية من قرارات إدارية وتخضع لرقابة القضاء.

النوع الأول يعتبر من القرارات الإدارية، أما النوع الثاني في رأينا لا يتوافر له صفة القرار الإداري، إذ يلزم صدور القرار من جانب الإدارة وحدها أي بإرادتها المنفردة والملزمة كما أنه ليس من القرارات القضائية لأن الجهة المصدرة لا تتمتع بولاية القضاء بل هي قرارات شبه قضائية.

---

[7] القرار الإداري، موسى عثمان بشير، ص ٣٨ وما بعدها.

[8] مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٠م.

وكذلك قررت المحكمة العليا بتاريخ ١٩٨٥/٦/٧م في اعتبار قرار منح الحكر قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه. وفي حكم لمحكمة الاستئناف (مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٩م) اعتبرت قرار رئيس التسجيلات قراراً قضائياً، باعتبار أن المسجل يتبع الهيئة القضائية وهذا التقرير لا يتوافق مع القانون فالقرار القضائي يلزم أن يكون صادراً من محكمة، لا من جهة تتبع للسلطة القضائية ورئيس التسجيلات ليس بمحكمة. وهذا ما تنص عليه المادة (١٣) من قانون السلطة القضائية لسنة ١٤٠٦هـ ومن قبله قانون الهيئة القضائية حيث نص " تتولى المحاكم الفصل في كافة المنازعات والجرائم".

وفي حكم للمحكمة العليا الصادر في ١٩٨٦/٩/٢٢م عند تعرضها لتعريف القرار الإداري، اقتبست تعريفاً للقرار الإداري من أحد أساتذة القانون الإداري المصري (الدكتور محمد فؤاد مهنا مبادئ وأحكام القانون الإداري) وتبنته كأفضل تعريف للقرار الإداري في أنه عمل قانوني من جانب واحد، يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم.

ولقد أخضع القانون السوداني أخيراً تعريف للقرار الإداري في المادة (٢) من قانون القضاء الدستوري والإداري وهو كما يلي " القرار الإداري يقصد به القرار الذي تصدره جهة إدارية بوصفها سلطة عامة بقصد إحداث أثر قانوني معين تتعلق بحق أو واجب أي شخص أو أشخاص ويشمل رفض السلطة الإدارية أو إمتناعها عن اتخاذ قرار كانت ملزمة قانوناً باتخاذه ". وبذلك يكون القانون قد أخذ بخلاصة الأحكام الصادرة من القضاء حول تعريف القرار الإداري واستخلص التعريف المذكور بشروطه التي تأسست من خلال أحكام القضاء وكان آخرها الحكم الصادر من المحكمة العليا المشار إليه في صدر الصفحة.

وهذا المنهج في تعريف القرار الإداري ساد من خلال تطبيقات القضاء وفقاً لتعريف القرار الإداري حسب نص المادة (٢) من قانون القضاء الإداري والدستوري لسنة ١٩٩٦م وأخرج بعض القرارات الإدارية وتأسس ذلك بالأحكام الصادرة من المحكمة العليا

حديثاً. (١) محلية الحصاحيصا ولاية الجزيرة //ضد// شركة ود مدني للصناعات الحديثة

م ع / ط أ س / ١١ / ٢٠٠٤م

مراجعة / ١٠ / ٢٠٠٤م

مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٤م صفحة ٢٥٤

المبدأ :

الأمر المحلي الصادر بموجب قانون يعتبر قانوناً وفقاً للتصريف الوارد في المادة (٤) من قانون تفسير القوانين وليس قراراً إدارياً حسب تعريف القرار الإداري في المادة (٢) من قانون القضاء الإداري والدستوري ١٩٩٦م وبالتالي لا تختص المحكمة الإدارية بنظر الطعن فيه.

(٢) إبراهيم محمد إبراهيم

//ضد//

جامعة أم درمان الأهلية

م ع / ط أ س / ٢٣ / ٢٠٠٥م

مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٥م ص ٢١٥

المبدأ :

القرار الصادر من مؤسسات التعليم العالي الخاصة لا يعتبر قراراً صادراً من مؤسسة عامة، وبالتالي لا ينطبق عليه وصف القرار الإداري ولا ينعقد الاختصاص بشأنه للمحاكم الإدارية.

(٣) عبد الله علي كنه

//ضد//

وزارة التخطيط العمراني

م ع / ط أ / ٢ / ٢٠٠٣م

مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٣م ص ٢٤٩

المبدأ :

أ/ رفض تنفيذ عقد الإيجار لا يعد قرارًا إداريًا وإنما هو إخلال بالعقد تختص به المحاكم المدنية.

ب/ في غياب القرار الإداري لا تكون هناك دعوى إدارية.

المبحث الثاني

القرار شبه القضائي

لم ترد تسمية القرار شبه القضائي في القانون ولكنها وردت في أحكام القضاء وأنه اصطلاح وارد ومعلوم في القانون السوداني ومن المدلول اللفظي لعبارة (القرار شبه القضائي) ومن استقراء نصوص القانون في هذا الشأن يتبين لنا أنه القرار الذي يشبه القرار الإداري في بعض عناصره أو أنه القرار الذي لم تكتمل له عناصر القرار القضائي، في أن الجهة المصدرة له جهة إدارية بتتبعها ولاية القضاء.

والقرار ذاته يفتقر حجية الأمر المقضي فيه وإن توافرت في موضوعه المنازعة واتباع الإجراءات ذات الطبيعة القضائية عند إصداره.

كما لا تتوافر فيه عناصر القرار الإداري فالقرار الإداري هو تعبير الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة من جانب واحد. أما القرار شبه القضائي هو فصل في نزاع. فالاثنان يختلفان عن بعضهما في المضمون وفي كيفية التقرير فالقرار شبه القضائي يتبع في إصداره إجراءات ذات طبيعة قضائية أما القرار الإداري، الأصل أن لا يحدد القانون إجراءات معينة لإصداره فالقرار شبه القضائي ليست له الصفة القضائية الخالصة ولا الصفة الإدارية الخالصة. لذا لا يرقى إلى مستوى القرار القضائي ولا هو بالغ مستوى القرار الإداري وإنما هو قرار ذو طبيعة خاصة ووسط بينهما وإن كان أقرب في طبيعته هذه إلى القرار القضائي.

وفي المجال العملي وتطبيقات القضاء للرقابة القضائية على أعمال الإدارة صدرت أحكام للتمييز بين القرار الإدراي الخاضع للرقابة القضائية والقرارات شبه القضائية التي لا تخضع للرقابة والمراجعة القضائية، إلا في حدود ضيقة نظراً لطبيعة القرارات

شبه القضائية وتوفر بعض عناصر القرار القضائي فيها ومرجع ذلك تعدد أوجه نشاط الدولة وتوسعها بعد أن أصبحت الدولة تتولى الكثير من الأمور التي لم تكن تتولاها في السابق.. كان على الدولة أن تنشئ الأجهزة الإدارية لتتولى هذه الأمور. ولزم إصدار القوانين تلك الأجهزة وتنظيم أدوارها ووضع المواطن فيها وماله وما عليه تجاهها وتنسيق العلاقات بين المواطن وتلك الأجهزة وبيان حقوق وواجبات الأمور. ولزم إصدار القوانين لتلك الأجهزة وتنظيم أدوارها ووضع المواطن فيها وماله وما عليه تجاهها وتنسيق العلاقات بين المواطن وتلك الأجهزة وبيان حقوق وواجبات كل منهما نحو الآخر.

كانت النزاعات وما زالت تنظر أمام محاكم الدولة العادية. ولكن انتشار القوانين المتعلقة بالنشاط الإداري للدولة، وكثيرًا منها في أمور فنية ذات طبيعة خاصة تقتضي إلماماً بأمور ليست في متناول المحكمة العادية إلا إذا أثبتت أمامها بالبينات. برزت في الوجود لجان خاصة لها العلم والدراية والمهارة في المسائل التي تكون محل خلاف بين طرفين تحت قانون من القوانين. وأصبحت هذه اللجان الخاصة التي يمكن تسميتها بالمجالس الخاصة، تؤدي دوراً أشبه بدور المحكمة في الفصل في الخلافات بين طرفين حول مسألة من المسائل ولقد لعبت هذه المجالس دوراً مقدرًا في أمور لا تحتمل بطبيعتها الانتظار ولولاها لتكدس العمل في المحاكم التي هي مزدحمة أصلا ليصير أكثر إزدحاما ولتعطلت مصالح المواطنين في أمور لها أهميتها مثل مشكلات الإسكان وتخطيط الأراضي وتوزيعها والنزاعات العمالية والمسائل المتعلقة بالتأمين الاجتماعي وغيرها من المسائل الإدارية [9].

وللتعرف على الجهات الإدارية التي يخول لها القانون سلطة إصدار قرارات شبه قضائية يلزم التمييز بين نوعين :

(أ) <u>النوع الأول :</u> جهات إدارية ذات تشكيل خاص تقوم بحسب مقتضيات الحاجة إليها ولأغراض محددة وتنتهي بإنجاز العمل الموكول لها كهيئات

---

[9] مبادئ القانون الإداري السوداني، مولانا محمد محمود أبو قصيصة، الطبعة الثانية سنة ١٩٩٩م، ص ١٤٢.

للتحكيم ومجال المحاسبة ولجان التحقيق. وتشكيل بعضها يصدر بقرار من الجهة الإدارية لمجالس المحاسبة ولجان التحقيق ويغلب العنصر الإداري في تشكيلها مما يضفي عليها الصفة الإدارية.

(ب) النوع الثاني: جهات إدارية يوكل لها القانون، سلطة تسوية أو فض منازعات من طابع خاص. المنازعات المتعلقة باستحقاق الحد الأدنى للأجور أو تسوية المنازعة بين التلميذ والمخدم بمقتضى قانون التلمذة والمخدم بمقتضى قانون التلمذة الصناعية أو الفصل في أوجه الخلاف بين الجهات التعاونية كما ينص قانون التعاون لسنة ١٩٧١م. وأحياناً يخول المشرع الجهة الإدارية سلطة إصدار قرارات هي في طبيعتها قرارات إدارية، ولكن يجعل لها القانون قوة الحكم القضائي لأغراض تنفيذها.

وباستقراء نصوص القانون السوداني، يتبين أن الجهات التي تمارس أعمالاً شبه قضائية.

١/ لجان التحقيق.

٢/ هيئات التحكيم.

٣/ مجالس المحاسبة.

٤/ قرارات إدارية لها قوة القانون.

٥/ تسوية الجهات الإدارية في المنازعات.

و سنتحدث بإيجاز عن كل منها :

أولاً : لجان التحقيق :

ليست هناك لجان تحقيق دائمة (باستثناء وجود بعض لجان تحقيق دائمة مثال مانصت عليه المادة (١) من قانون الطيران لسنة ١٩٦١م وهذه اللجان إما تشكل بموجب قانون لجان التحقيق لسنة ١٩٥٤م للتحقيق في أي حادث أو موضوع يقتضيه الصالح العام أو بمقتضى قانون التحقيق في الخدمة العامة لسنة ١٩٥٩م وتنظم بعض القوانين إجراءات التحقيق المتعلقة ببعض طوائف الخدمة العامة المستثناة من قانون محاسبة العاملين كأعضاء الهيئة القضائية والقوات النظامية).

وطبيعة الإجراءات التي تتبعها لجان التحقيق هي إجراءات ذات طبيعة قضائية. وقرارات هذه اللجان هي مجرد توصيات ومقترحات ترفعها إلى الجهة المشكلة لها لاتخاذ القرار المناسب وعمل هذه اللجان هو من الأعمال شبه القضائية.

ثانياً : هيئات التحكيم :

كان القانون يعالج موضوع التحكيم في المواد ١٣٩ إلى ١٥٦ من قانون الإجراءات المدنية في باب الدعاوى الخاصة وبعد صدور قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥ والمواد التي تنظم التحكيم تتميز بأحكام إجرائية وموضوعية خاصة كما نظم القانون أحوال أخرى للتحكيم في تشريعات مختلفة كقانون نزع الملكية لسنة ١٩٣٠م وقانون العلاقات الصناعية لسنة ١٩٧٦م وقانون التعاون لسنة ١٩٧١م.

والتحكيم نوعان :

النوع الأول : تحكيم اتفاقي وهو الذي يتفق عليه أطراف النزاع أو يوافقون عليه. وقد يتفق على التحكيم قبل بدء الخصومة أو بعدها ، وقد يكون بتدخل المحكمة أو الجهة الإدارية أو بدون تدخل المحكمة.

النوع الثاني : تحكيم إجباري وهناك أحوال ينص القانون على إحالة النزاع إلى التحكيم ولو لم يوافق أطراف النزاع فقانون العلاقات الصناعية لسنة ١٩٧٦م ينص على أنه يجوز للوزير إحالة النزاع إلى التحكيم كما ينص قانون التعاون لسنة ١٩٧١م في أنه يجوز لمسجل الجمعيات التعاونية أن يفصل في النزاع بنفسه أو يحيله إلى التحكيم.

وطبيعة القرارات الصادرة من هيئات التحكيم التي تفصل في المنازعات باتباع إجراءات ذات طابع قضائي ولكنها ليست لها ولاية القضاء، وبالتالي قراراتها لا تعتبر قضائية، كما أنها لا تعتبر قرارات إدارية ولكنها قرارات شبه قضائية.

ويجوز الطعن في قرارات التحكيم باتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية أو القوانين المنظمة للتحكيم المعني.

ثالثاً : مجالس المحاسبة :

التشريع الذي ينظم قواعد المحاسبة وضوابطها يتمثل في قانون محاسبة العاملين لسنة ١٩٧٦م. وإن الطوائف المستثناة منه في المادة، تنظم محاسبتهم قوانين خاصة تتفق مع طبيعة وظائف هذه الطوائف كأعضاء السلطة القضائية والقوات النظامية.

وطبيعة أعمال هذه المجالس تتمثل في أنه وبالرغم من كونها شبه قضائية إلا أن قراراتها ليست إدارية، لأن الإجراءات التي تتبع في إصدارها إجراءات ذات طبيعة قضائية، كما أنها ليست قرارات قضائية لأن الجهات التي أصدرتها لا تملك ولاية القضاء.

ولهذا فهي قرارات وسط بين الإدارية والقضائية ولهذا تعتبر في الاصطلاح القانوني هي قرارات شبه قضائية لأنها أقرب في الصفة إلى القرار القضائي.

رابعاً : قرارات إدارية لها قوة الحكم القضائي :

هناك قرارات إدارية، ولكن القانون يضفي عليها قوة الحكم القضائي ويتم تنفيذها قضائياً بمقتضى قانون الإجراءات المدنية كما ولو كانت حكماً، وإن هذه القرارات إدارية في طبيعتها، حيث تصدرها جهات إدارية باعتبارها خصماً في القرار. ولا تتبع في إجراءات ذات الطبيعة القضائية كما أنها لا تعد حكماً قضائياً بالمعنى القانوني الصحيح فضلاً عن الكيفية التي تصدر بها فتتعارض مع الطريقة التي يتم بها إصدار الأحكام القضائية.

ومن هذه القرارات، القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك الصناعي بمقتضى المادة ٢٣(أ) من قانون البنك الصناعي لسنة ١٩٦١م والتي تنص على الآتي (يعتبر قرار مجلس الإدارة فيما يتعلق بتجديد أي مديونية ضد أي مدين حكماً بالمعنى الوارد في قانون الإجراءات المدنية ويجوز تنفيذه قضائياً).

ومن القرارات التي لها صفة الحكم القضائي، القرارات التي تصدرها لجنة إعادة تخطيط المدن المشكلة بموجب المادة ١٢ من قانون تخطيط المدن لسنة ١٩٥١م. التي تقدر الضرر والتعويض فينص هذا القانون في اعتبار قرارات هذه اللجنة قرارات لها

قوة الحكم الذي تصدره المحكمة المدنية ويجوز تنفيذه قضائيًا ويجوز استئنافه لقاضي المديرية (م ٢٢).

خامساً : تسوية الجهات الإدارية للمنازعات :

هناك حالات تخول فيها ، بعض القوانين، جهات إدارية صلاحية الفصل في بعض المنازعات ومن أمثلة ذلك :

١/ قانون التلمذة الصناعية والتدريب المهني لسنة ١٩٧٤م.

٢/ قانون التعاون لسنة ١٩٧١م.

٣/ قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة ١٩٢٥م حيث ينظر ويفصل ضابط التسوية في كل المنازعات المتعلقة بملكية أي أرض أو امتياز داخل منطقة التسوية ويستأنف ذلك القرار إلى قاضي المديرية (م ١٩).

٤/ قانون العمل.

٥/ قانون هيئة الشباب والرياضة لسنة ٢٠٠٣م.

٦/ قانون ديوان العدالة الاتحادي للعاملين.

وطبيعة سلطات الجهات الإدارية بالفصل في المنازعات تكون وكأنها محاكم وبالرجوع إلى الحالات التي نص القانون على صلاحية الجهات الإدارية بالفصل في بعض أنواع المنازعات نجدها نوعاً خاصاً في حيز محدد وتطبيقها لقواعد قانونية متميزة.

ونظرًا لذلك يمكن أن يقال من مراجعة هذه الحالات أن نظر الجهات الإدارية في هذه المنازعات هو لتسوية أو فض النزاع وهو عمل يرقى لدرجة الفصل القضائي. وهو في طبيعته نوع من التحكيم الإجباري أو الإلزامي. في حالة فشل التسوية الودية يلزم أطراف النزاع في اللجوء إلى الجهة الإدارية لتمكينها من تسوية فض النزاع بالقرار.

ومن تطبيقات القضاء :

(١)مدينة علي بابر علي

//ضد//

زهراء محمد فضل الكريم

م ع / ط أ / ٣٧ / ٢٠٠٣م

مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٣م ص ٢٥٩

المبدأ :

محكمة الطعون الإدارية غير مختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالأراضي المسجلة لدى تسجيلات الأراضي ـ الاختصاص ينعقد للمحاكم المدنية وفق أحكام قانون تسوية الأراضي وتسجيلها.

(٢) الهيئة القومية للإذاعة والتلفزيون

//ضد//

نور الله الكامل وآخرين

م ع / ط أ س / ٩٩ / ٢٠٠٣

المبدأ :

يختص ديوان العدالة دون غيره بنظر مظالم شاغلي الوظائف القيادية والوظائف الأخرى بالوحدات الحكومية وفق تعريفها الشامل في القانون.

المبحث الثالث

القرارات التي لا تخضع للطعن بنص القانون

ينص القانون أحياناً على نهائية القرار الإداري، فماذا تعني هذه الكلمة ؟ هل تعني أن القرار غير قابل للطعن أمام الجهة الإدارية الأعلى وأمام القضاء أيضاً؟

وللتقرير في هذه المسألة يلزمنا معرفة مسلك المشرع في هذه الأحوال. فالواضح أن المشرع ينص على نهائية القرار وأحياناً أخرى يردفها بعبارة (لا يجوز الطعن فيه أمام المحاكم).

الواضح من هذا المسلك أن المشرع عندما ينص على كلمة وحدها. فإنه ينص على صراحة عدم جواز الطعن فيه أمام الجهة الإدارية الأعلى في السلم الوظيفي بالتعرض للقرار فإنه ينص صراحة على ذلك. ومن أمثلة هذه الحالات التي ينص القانون صراحة على عدم جواز الطعن فيها أمام القضاء هي :

١/ قانون جوازات السفر والهجرة لسنة ١٩٦٠م ينص في المادة ٢٣ إن قرار الوزير في أن أجنبياً قد أصبح غير مرغوب فيه وإبعاده هو قرار نهائي ولا يجوز الطعن فيه أمام المحاكم.

٢/ (قانون إخلاء المباني العامة تعديل) لسنة ١٩٧٨م.

٣/ قانون مجلس محاسبة العاملين لسنة ١٩٧٦م تنص المادة ٢٣ فيه " لا تخضع القرارات والأحكام الصادرة بموجب هذا القانون لأي إجراءات بموجب قانون الخدمة العامة لسنة ١٩٧٣م ينص على إن قرارات لجنة الاستئنافات نهائية وواجبة التنفيذ ".

٤/ تنص المادتان ٣٨، ٣١ من قانون السلطة القضائية لسنة ١٤٠٦هـ في أن القرارات الصادرة بتعيين القضاة (م ٣١) والقرارات الصادرة من مجلس القضاء العالي بالفصل في التظلمات قرارات نهائية وغير قابلة للطعن أمام أي جهة قضائية.

وللبحث في مدى تطور أحكام الرقابة القضائية لقرارات الجهات الإدارية المحضة بموجب القوانين المذكورة أعلاه وموقف الفقه المقارن من التشريعات المحصنة لإعمال الإدارة من المراجعة القضائية يلزم أن نوضح الآتي :

أولاً : صدرت أحكام قضائية عديدة تؤسس لخضوع أعمال الإدارة للمراجعة القضائية رغم النص في القانون بعدم جواز الطعن ومنها سابقة مجد المأمون بابكر زروق //ضد// عميد معهد الموسيقى والمسرح (الأحكام الدستورية في السودان ص ٩٧) وكان النزاع في ظل المادة ٣٠ من قانون الخدمة العامة ١٩٧٣م التي تقول إن قرارات لجنة استئناف العاملين نهائية وواجبة التنفيذ.

ورأت المحكمة العليا أن هذه السابقة في قضية جرجس برنابه شنودة //ضد// وزارة التشييد والإسكان بالخرطوم (مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٩١م، م ١٤٢) قد رفضت أن تعقب على قرار لجنة استئناف العاملين الذي أيد قرار مجلس محاسبة مصلحي عقد للمدعي فلا تستطيع المحكمة أن تتدخل حتى ولو لم يكن رأيها مطابقاً لرأي المجلس أو اللجنة الخاصة وإنما تتدخل فقط في حالة مخالفة القانون ضمن عيوب القرار الإداري الأخرى.

وفي القانون المقارن نجد الدكتور سليمان الطماوي (النظرية العامة للقرارات الإدارية) يقول (إن رقابة القضاء الإداري رقابة مشروعية أي رقابة سلامة تطبيق القانون وأن المشرع لا يملك أن يخول الإدارة سلطة مخالفتها للقانون. ونص القانون المصري على حظر تحصين القرارات الإدارية).

وفي بريطانيا قرر مجلس اللوردات في قضية إنيسميك الرائدة أن (تحصين القرار الإداري لا يمنع المراجعة القضائية). كانت هذه قضية تتعلق بقرار صادر من لجنة خاصة وقد حرمت إحدى الشركات من التعويض من صندوق معين وكان هناك تشريع يحصن قرار اللجنة من الطعن أمام المحاكم وقرر مجلس اللوردات أن هذا التحصين لا يسري لأن اللجنة الخاصة قضت في مسألة خارج اختصاصها حيث إنها أخطأت في قرارها عند تطبيق القانون وكان مصدر القاعدة الحديثة في القانون الإنجليزي التي أمكن خلالها إدراج مخالفة القانون كسبب من أسباب الطعن الإداري باعتبار الخطأ الموضوعي في القانون هو نوع من الخروج عن الاختصاص وأن تحصين القرار الإداري لا يحول دون الرقابة القضائية إذا كان في القرار خطأ جسيم من الجهة صاحبة الاختصاص.

وفي فرنسا قضى مجلس الدولة بأن المراجعة القضائية باقية في وجه التشريعات ذات الحصانة ويستشهد الأستاذان براون وعارنر بقضية لاموت (فبراير ١٩٥٠) التي قبل فيها مجلس الدولة الفرنسي دعوى سيدة استولت الحكومة على أرضها بتشريع يحصن قرار الاستيلاء وهو تشريع كان صادراً في زمن الحرب، وكان من أسباب قبول الدعوى أن الاستيلاء تم قبل صدور القانون. خلاصة الأمر أن الاتجاه في القانون المقارن، لا يقبل تحصين القرار الإداري وأن النصوص التي تدعو للتحصين لا تعتبر عائقاً في وجه الرقابة القضائية.

<u>ثانياً :</u> في قانون إخلاء المباني لسنة ١٩٦٩م المثير للجدل تمنع المادة ٤ المحاكم من التعقيب على الأوامر التي تصدر بإخلاء المباني العامة وقد عرض على المحكمة العليا طعن بعدم دستورية منع الحق في التقاضي الذي نصت عليه المادة ٤ من قانون إخلاء المباني العامة وكان هذا في ظل دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م والذي لم يكن

ينص صراحة على حق التقاضي وجاء في حكمها بتاريخ ١٩٧٩/١٠/١٣م أن منشأ حق التقاضي هو القانون، ولذا هو حق قانوني وليس حقاً دستورياً وأن منشأ حق التقاضي هو القانون، ولذا هو حق قانوني وليس حقاً دستورياً وأن الدستور جاء خلواً من أي نص صريح وواضح يكلف للفرد حق التقاضي أمام المحاكم ولهذا كان القانون هو الذي يوضح وسيلة إلغائه أو تنفيذه وقالت أيضًا أن للمشرع الحق في أن يحدد دائرة اختصاص القضاء بالتوسع أو التضييق وعرض الأمر ثانية على المحكمة العليا في ظل الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م والذي ينص صراحة على الحق في التقاضي واعتباره من الحقوق الأساسية (م ٢٦) وفي ١٩٨٩/٤/١٠م أصدرت حكمها بعدم دستورية حظر النصوص التي تقرر عدم جواز الطعن، في القرارات الإدارية أمام المحاكم التي هي نصوص غير دستورية لأنها تسلب حقاً كفله الدستور.

وذكرت المحكمة العليا في قضية علي بشير لاكوعة //ضد// حكومة السودان ١٩٩٨م أن هذا النص لا يمنع إقامة الدعاوى إذا لم يكن المبنى عاما. وكانت المحكمة العليا قد قضت في قضية شركة الإمارات والولاية الوسطى المحدودة //ضد// علي الشريف وآخرين (م ع / ط م / ١٩٩٢) بأن قانون الشركات لا ينطبق في حالة العقار الذي تملكه شركة مسجلة تحت قانون الشركات لسنة ١٩٢٥م رغم أن الحكومة مساهمة في تلك الشركات، فرغم وجود نص المادة ٤ الذي يحصن القرارات الصادرة بالإخلاء قضت المحاكم أن هذا التحصين لا يحجب المراجعة القضائية أو الطعن الإداري تحت قانون القضاء الدستوري والإداري فإذا صدر القرار مخالفًا لغرض المشرع في النص الذي يعرف المبنى العام وهو المادة ٢ أمكن إلغاء ذلك القرار بسبب مخالفته القانون أو بسبب عدم الاختصاص إذا لم يكن المبنى مبنى عاماً مثل عقارات الشركة المذكورة أعلاه.

ويذكر الأستاذ سليمان الطماوي (النظرية العامة للقرارات الإدارية) أن تحصين القرارات الإدارية أصبح في ذمة التاريخ، ونجد لهذا القول سندًا عند تحليلنا لقواعد القضاء الإداري، ومن الثابت في تلك القواعد أن القضاء لا يتدخل في السلطة التقديرية للإدارة إن سلم القرار الإداري من العيوب المعروفة وهي الخروج عن الاختصاص ومخالفة الشكل ومخالفة القانون وسوء استعمال السلطة.

والقرار الذي يخلو من هذه العيوب لا يحتاج إلى تحصين، فهو محصن تحصيناً طبيعيًا بموجب القواعد العامة للقانون الإداري وقد أخذ القانون السوداني بذلك وهو ينص على أن لا تقبل الدعوى الإدارية إذا بني القرار على السلطة التقديرية لمن أصدره، جاء هذا في نص المادة ٢٣ (ج) من قانون القضاء الدستوري والإداري، والقانون لا يحمي القرارات إنما يحمي القرارات السليمة عند ممارسة السلطة التقديرية ولا تكون الإدارة عندئذ في حاجة إلى تحصين أما إذا شاب القرار عيب من العيوب المذكورة فإن القرار يخضع للمراجعة القضائية إذا أحصن بنص خاص، أو لم يحصن فالتحصين لا يفيد شيئاً وجودًا وعدمًا والقرار السليم لا يحتاج إلى تحصين والقرار المعيب لا يجديه التحصين [10].

المبحث الرابع

قرارات الحكومية السيادية

تعبير (أعمال السيادة) دخل اللغة القانونية في السودان لأول مرة بموجب قانون السلطة لسنة ١٩٧٢م بمنع المحاكم من النظر في أعمال السيادة، وبعدها انتقل إلى قوانين السلطة القضائية المتعاقبة عدا قانون السلطة القضائية لسنة ١٤٠٦ هـ وهو المعمول به حالياً، كما نص عليها الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م ومن بعده المرسوم الدستوري الثالث.

وقد وفد التعبير إلى اللغة القانونية في السودان من القانون المصري حيث استقر الفقه والقضاء في مصر أن يترك تحديد أعمال السيادة للقضاء ليقرر الأعمال التي تعتبر من أعمال السيادة وقد اعتبر القضاء من أعمال السيادة :

- الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان.
- الأعمال المتعلقة بالتمثيل الدبلوماسي.
- الأعمال المتعلقة بالحرب.
- الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي.

---

[10] مبادئ القانون الإداري السوداني محمد محمود أبو قصيصة تحرراً، ص ٢٠١.

(انظر: الدكتور سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية ص ١٧ وما بعدها).

وفي ضوء النصوص التشريعية والدستورية يمكن تحديد مدلول أعمال السادة بوجه عام في أنها مجموعة القرارات والتدابير التي تجريها الحكومة وتتناول فيها مصالح الدولة العليا بتصريف شئون الحكم والدولة وهي أعمال ليست ذات طبيعة إدارية وإنما ذات طبيعة سياسية. واصطلاح (أعمال السيادة) أوسع في مدلوله من اصطلاح قرارات الحكومة السيادية الذي يستخدمه القضاء، فأعمال السيادة تشمل القرارات السياسية وغير السياسية كما تشمل الأعمال القانونية والمادية.

في أحكام للمحكمة العليا استبعدت قرارات الحكومة السياسية من رقابة القضاء ففي حكم للمحكمة العليا (مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٧م، ٢٦٥ حيث اعتبر قرار مجلس الوزراء رقم ٥٢) ١٩٨٧ بإنشاء مجلس للجنوب قراراً سياسياً ينأى عن رقابة القضاء ثم أبانت المحكمة الاعتبارات التي تدعو إلى عدم تدخل القضاء بالرقابة على القرارات التي صدرت في ظله والجهة التي أصدرتها. إنه قرار سياسي وتحرص السلطة القضائية على عدم التدخل في القرارات السياسية للأسباب الآتية :

١. وجوب حرص السلطة القضائية على الابتعاد عن التورط في النزاعات السياسية والامتناع عن الدخول كطرف في صراعات القوى السياسية.
٢. إن مبدأ فصل السلطات الذي يأخذ به الدستور السوداني يضع صلاحية اتخاذ القرار السياسي في يد السلطة التنفيذية كما أن القرار السياسي يعتمد بطبيعته على السلطة التقديرية التي لا يتصور إمكان ممارسة العمل التنفيذي بدونها فلا يحمل بالقضاء وإقحام نفسه في ممارسة السلطة التقديرية.
٣. من المستحيل الإدلاء برأي في أمر سياسي إلا عبر وجهة نظر سياسية بينما يتطلب القضاء الحيدة التامة حيال الأمور السياسية.
٤. إن اتخاذ القضاء لموقف منفصل بشأن قرار اتخذته السلطة التنفيذية يتنافى مع الاحترام الواجب على السلطة القضائية تجاه السلطة التنفيذية، التي هي كفؤة بتعيين الالتزام بقرارها السياسي مثلما يتعين عليها الالتزام بالأحكام القضائية.

5. إن العناصر والمعايير التي يعتمد عليها القرار السياسي تختلف تماماً عن العناصر والمعايير التي تشكل القرار القضائي وعليه فلا تملك المحاكم المقاييس التي تمكنها من اتخاذ القرار القضائي حيال أمر سياسي بحت.
6. إن تدخل القضاء في الأمور السياسية يؤدي إلى تضارب قرارات سلطات الدولة حول الموضوع الواحد.

وفي حكم آخر للمحكمة العليا (مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٧م ص ٣٦٥ اعتبرت الأمر الصادر بإعلان حالة الطوارئ قرار سياسي لا يخضع للرقابة القضائية بقولها: (بأن الأساليب التي يقوم عليها إعلان حالة الطوارئ تتصل اتصالاً عميقاً ووثيقاً بمسائل سياسية في الاعتبار الأول ومن ثم ينأى إعلان حالة الطوارئ الذي يتضمن الأسباب التي بني عليها عن الرقابة القضائية).

وفي رأينا لا يمكن التسليم بما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحكامها باستثناء جميع قرارات الحكومة السياسية من رقابة القضاء بهذه الصورة المطلقة.

لكن في اعتقادنا يلزم التفريق بين نوعين من القرارات السياسية وهي القرارات التي لها مساس بأحكام الدستور أو القواعد الدستورية وتلك التي لا صلة لها بأحكام الدستور أو القواعد الدستور.

النوع الأول : في رأينا يجب إخضاعه لرقابة القضاء عن طريق الطعن بعدم الدستورية لأن كل عمل تجريه السلطات الحاكمة في الدولة أو أجهزتها يجب أن يراعي أحكام الدستور أو القواعد الدستورية، فالدستور هو الإطار الذي ارتضته السلطات الحاكمة بحكم تصرفاتها ويحدد مسيرها وبالتالي ينبغي عدم المخالفة.

أما النوع الثاني: يجب النأي به عن رقابة القضاء، وكان الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م يميز بين نوعين من أعمال الدولة التي يجوز فيها الطعن بعدم الدستورية وهما دستورية القوانين والمسائل الدستورية أما الطعن في دستورية القوانين فهو أمر ينظمه قانون الإجراءات المدنية أما المسائل الدستورية وهي الأعمال التي تجريها الحكومة أياً كانت صيغتها سياسية أم غير سياسية ولها مساس بأحكام الدستور وتقرر المادة ١٧ أ

من قانون السلطة القضائية لسنة ١٤٠٦هـ اختصاص المحكمة العليا كدائرة دستورية بالنظر بالطعن في المسائل الدستورية ودستورية القوانين.

وبصدور دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الذي نص في المادة ٣٥ على الحق في التقاضي في الباب الثاني (وثيقة الحقوق) باعتبار حق التقاضي من الحقوق التي كفلها في الدستور حيث نص (يكفل للكافة الحق في التقاضي، ولا يجوز منع أحد من حقه في اللجوء إلى العدالة).

وفي المادة ٢١٠ نص على جواز إعلان حالة الطوارئ بواسطة رئيس الجمهورية بموافقة النائب الأول بشرط إعلان حالة الطوارئ على الهيئة التشريعية القومية خلال خمسة عشر يوماً من إصداره، وإذا لم تكن الهيئة التشريعية منعقدة فيجب عقد دورة طارئة، وبذلك أخضع سلطة رئيس الجمهورية في إعلان حالة الطوارئ لرقابة السلطة التشريعية.

أما فيما يتعلق بالرقابة القضائية على سلطات رئيس الجمهورية في حالة الطوارئ فقد نص الدستور في المادة ٢١١ (لا يجوز لرئيس الجمهورية، بموافقة النائب الأول، أثناء سريان حالة الطوارئ أن يتخذ بموجب القانون أو الأمر الاستثنائي أية تدابير لا تقيد أو تلغي جزئياً، أو تحد من آثار مفعول أحكام هذا الدستور واتفاقية السلام الشامل باستثناء ما هو منصوص عليه أدناه:

أ/ تعليق جزء من وثيقة الحقوق، ولا يجوز في ذلك انتقاص الحق في الحياة أو الحرمة من الاسترقاق أو الحرمة من التعذيب أو عدم التميز على أساس العرق أو الجنس أو المعتقد الديني أو حق التقاضي أو الحق في المحاكمة العادلة).

الخاتمة :

نخلص إلى أن قواعد القانون الإداري في كل الأنظمة القانونية والقضائية بدأت كمبادئ عامة وضعتها الأعراف وتولاها القضاء فطورها وقد طالها التقنين مؤخراً بل إن بعض البلاد لم تقننها بعد.

وقد ذكرنا أن القواعد التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي لم تقنن في فرنسا وإنما قننتها الدول الأخرى التي أخذت عنها.

وفي إنجلترا لم تقنن القواعد أيضاً وإنما هي مطبقة عن طريق التطور القضائي وسوابق القضاء (كما أوضحنا في الدراسة)، وعندما لجأت إنجلترا إلى التقنين مؤخراً عن طريق التدرج وانتهت إلى قانون المحكمة العليا سنة ١٩٨١م وكان تقنينها للنواحي الإجرائية فقط، وما زالت أسباب الدعوى الإدارية غير مقننة.

وحتى عندما كان التقنين إجرائياً، فإن ذلك التقنين الإجرائي كان للجزاءات، فالقضاء الإداري الإنجليزي منذ نشأته كان قضاء جزاءات وتتحرك كل الإجراءات حولها وظلت الخصومة حول طبيعة جزاء معين، وعندما صدر قانون المحكمة العليا سنة ١٩٨١م لم يغير شيئاً في هذه النظرة، وقد أسمت المادة (٣١) منه الطلب الذي يقدم إلى المحكمة " طلب للمراجعة القضائية ".

ويكون الطلب للجزاءات الآتية :

أ/ الإجبار Mandamus.

ب/ الحظر Prohibition.

ج/ الإلغاء Certiorari.

د/ التقرير أو إعلان الحق Declaration.

هـ / المنع Injunction.

واتبعت البلاد التي كانت تحت الحكم البريطاني هذا الأسلوب، وكان السودان من بين تلك الدول، وظل يطبق هذه الجزاءات [11].

وكان ذلك عن طريق نوع معين من الأوامر القضائية متبعاً القانون الإنجليزي في هذا الصدد، كأوامر الامتثال والمنع، والاطلاع والفحص وإصدار الأحكام التقريرية ولعل أشهر الأحكام، الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا في ذلك الوقت بتاريخ ١٩٥٨/٤/٢٨م في الاستئناف رقم ٥٨/٢٣ (قضية المجلس البلدي بالخرطوم) //ضد// أفنجليلوس، حيث ترددت في الحكم المذكور عبارات مماثلة للقول، بأن السلطة الإدارية، إن تجاوزت حدودها، فإنها تخضع لرقابة القضاء، وكذلك الحكم

---

[11] مبادئ القانون الإداري السوداني، الطبعة الثانية ١٩٩٩م، مولانا محمد محمود أبوقصيصة.

الصادر من محكمة الاستئناف (مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٢م ص ٨٥ في قضية الهيئة المركزية للمياه والكهرباء //ضد// محمد حامد)، حيث ذكرت المحكمة الموقرة " بأنه لا يجوز للمحاكم أن تتدخل لمراجعة قرارات الهيئات الإدارية سواء كانت سلطتها إدارية أو قضائية أو شبه قضائية طالما كانت تلك القرارات ذات أثر على حقوق ومصالح الأفراد، أو كانت القرارات خارج اختصاص الهيئة التي أصدرتها أو أن الهيئة لم تتبع في إصدارها قواعد العدالة الطبيعية، وكانت هذه القضية متعلقة بمحاسبة إدارية لأحد كبار موظفي الهيئة.

إن المحاكم السودانية، كانت تستند في أعمال الرقابة على الإدارة لنص المادة ٤ من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٢م ومن بعده نص المادة ٩ من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م والتي تنص بأنه عند عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة المعروضة يجب الرجوع إلى العدالة والوجدان السليم ولقد كان القضاة الإنجليز قبل الاستقلال يلجأون إلى القانون الإنجليزي تطبيقاً لهذه المادة ولقد سار القضاة السودانيون في كثير من أحكامهم بعد توليهم القضاء، على درب القضاة الإنجليز وكان القضاة السودانيون يرون اتباع مبادئ القانون الإنجليزي، وليس القانون الإنجليزي الصادر من البرلمان الإنجليزي باعتبار أن هذه المبادئ تمثل العدالة والوجدان السليم إلا أن القانون السوداني تعدل ونص على أنه في حالة عدم وجود نص يحكم المسألة تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاء في السودان والعرف والعدالة، والوجدان السليم.

استمر تطبيق قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م إلى أن ألغي بموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧٢م حيث تم تقنين دعوى إلغاء القرار الإداري والتعويض عنه وأصبح الاختصاص لما يسمى بالمحكمة الكلية، والتي كانت تشكل من ثلاثة قضاة أخذاً بالنظام المصري.

ولذلك مع الاحترام يخطئ من يقول بأن القانون السوداني لم يعرف دعوى إلغاء القرار الإداري قبل قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧٢م، إذ إن القانون الأخير قنن دعوى الإلغاء والتعويض، والتي كانت معروفة قبل صدوره.

تم إلغاء قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧٢م، بموجب قانون تنظيم القوانين لسنة ١٩٧٣م وكان راجعاً للخلافات بين المدارس الفقهية المختلفة، المدرسة الإنجلوسكسونية والمدرسة اللاتينية وعموماً أعيد العمل بقانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م، إلى أن ألغي بعد ذلك بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م وكان الاختصاص ينعقد لمحكمة المديرية إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

وتوزع الاختصاص بين المحكمة العليا ومحكمة الاستئناف، ولقد انتقد بعض الشراح الاختصاص الابتدائي للمحكمة العليا في هذا الخصوص باعتبار أنها محكمة قانون، وفي عام ١٩٨٣م بدأ النظام المايوي بالتغول على السلطة القضائية فأصدر وفق سلطات الطوارئ قرارًا بتكوين محكمة إدارية وبعد قيام ثورة إبريل ١٩٨٥م صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م وعاد الاختصاص وتوزع بين قاضي المحكمة العليا المختص بالطعون الإدارية ومحكمة الاستئناف التي اختصت بالطعن في القرارات الإدارية الصادرة من سلطة عامة بخلاف رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء الاتحادي أو الحكومة الولائية أو أي وزير اتحادي أو ولائي، وأصبح الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من قاضي المحكمة العليا المختص بالطعون الإدارية ومن محكمة الاستئناف للمحكمة العليا وفق نص المادة ١٦ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

صدر بعد ذلك قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة ١٩٩٦م حيث أصبح الطعن في القرار والتعويض عنه، للقاضي المختص بالطعون الإدارية بالمحكمة العليا في القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء الاتحادي أو حكومة أي ولاية أو وزير اتحادي أو ولائي، ولمحكمة الاستئناف في القرارات الصادرة من سلطة عامة غير ما ذكر أعلاه وذلك وفق المادة ٢٠ من قانون القضاء الدستوري والإداري لسنة ١٩٩٦م على أن تستأنف قراراتهم للدائرة الإدارية بالمحكمة العليا وفق المادة ٢٦ من ذات القانون.

استمر الوضع كذلك إلى أن صدر قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م حيث توزع الاختصاص أيضاً بين القاضي المختص بالطعون الإدارية لمحكمة الاستئناف والقاضي المختص بالطعون الإدارية بالمحكمة العليا، وذلك وفق المادة ٤ من ذات القانون على أن

تستأنف قراراتها للدائرة الإدارية بالمحكمة العليا وفق المادة ١٤ من ذات القانون أيضاً ويكون حكم الدائرة الإدارية نهائياً إلا إذا أذن رئيس القضاء بمراجعته.

بعد هذا السرد يتضح أن القانون السوداني اختص محكمة معينة، في إطار القضاء العادي بالاختصاص بالطعون الإدارية، ومن ثم فإنه لم يأخذ بنظام القضاء المزدوج، والرأي الراجح فقهاءً وقضاءً أن القانون السوداني في مجال الطعون الإدارية اختط طريق ثالث يجمع بين القانون الإنجليزي والقانون القاري، فهو قضاء إلغاء وإجبار وتعويض ذلك القضاء الإداري السوداني، يملك إلغاء القرار الإداري غير المشروع والمعيب بعدم الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة كما يملك أيضاً إجبار الإدارة باتخاذ إجراء معين أو الامتناع عن اتخاذه أو تعويض المضرور من القرار الإداري وذلك وفقاً لأحكام المادة ١٢ من قانون القضاء الإداري لسنة ٢٠٠٥م[12].

---

[12] محاضرات في القانون الإداري، معهد التدريب والإصلاح القانوني، الدورة التاسعة عشرة مولانا إدوارد رياض.

٣/ الإيجار من الباطن

المستشار / محمد إبراهيم محمد

الإدارة القانونية ـ ولاية شمال دارفور

مكتب العون القانوني ـ الفاشر

مقدمـة :

في الآونة الأخيرة تفشت ظاهرة النزوح من الأرياف إلى المدن، الأمر الذي أدى إلى ظهور الحاجة الماسة للسكن، وبما أن المدن ضاقت حتى بساكنيها أصبح الإيجار واقعاً يعيشه الناس كل يوم، ويظهر بصورة واضحة في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم فيما بين أصحاب العقارات والمستأجرين.

في الغالب نجد أن المستأجر قد يتجاوز حقوقه ويقوم بإدخال طرف ثالث في العلاقة التاجيرية وهو ما يسمى بالإيجار من الباطن، ونسبة لأهمية الموضوع رأيت أن اطرق طرقاً (خفيفاً) على عقد الإيجار كإطار عام مع التركيز على العلاقة التاجيرية الجديدة "الإيجار من الباطن".

بادئ ذي بدء تناولت تعريف عقد الإيجار في اللغة والقانون السوداني والقوانين الأخرى بجانب الشريعة الإسلامية وهذا في فصل أول، أما الفصل الثاني فتناولت فيه الإيجار من الباطن وما تنشأ من علاقة فيما بين الطرفين والطرف الثالث وهو المستأجر من الباطن، وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصول ثلاثة على النحو الآتي:

الفصل الأول : المراد بالإيجار :

عقد الإيجار في اللغة، الشريعة، القانون السوداني والقوانين الأخرى.

الفصل الثاني :

المبحث الأول: علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن.

المبحث الثاني: علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن.

الفصل الثالث :

المبحث الأول: الإيجار من الباطن في القانون السوداني.

المبحث الثاني: الإيجار من الباطن في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

ما المراد بالإيجـار

عرف الرومان عقد الإيجار على وجهين :

الأول باعتبار انه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء، وسموا الإيجار في هذه الحالة إيجار الأشياء، والثاني باعتباره عقدًا موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان وسموه عقد إيجار العمل، وهم وإن فرقوا بين الاثنين إلا إنهم اعتبروا العقد واحداً في الحالتين من حيث طبيعته فشبهوا عمل الإنسان بالمتاع من الانتفاع به، ونحا القانون الفرنسي هذا المنحى وقسم العقد إلى قسمين : إيجار الأشياء وإيجار العمل، وأيد أنصار المذهب الفردي هذه الوجهة من النظر لأنهم اعتبروا العمل سلعة تباع في الأسواق ويتغير سعرها تبعاً لقانون العرض والطلب، فكما يقع الإيجار على منفعة الشيء كذلك يقع على عمل الإنسان، وكلما كثرت الأيدي العاملة قل أجر العمل.

وقد فرق القانون الألماني بين عقد الإيجار وعقد الاستخدام والعمل فقصر الأول على إيجار الأشياء وجعل الثاني خاص بعمل الإنسان، فأصبح الإيجار إذا أطلق لا ينصرف إلا إلى إيجار الأشياء والذي نحن بصدده في هذا البحث المتواضع.

تعريف الإيجار[1]:

يُقال أجر (على وزن أفعل لا فاعل) إيجاراً فهو مؤجر والعقد يعرف في الشريعة الإسلامية بعقد الإيجار أو الإيجارة، حيث جاء في حاشية بن عابدين (جزء ٥، ص ٢) الإيجارة بكسر الهمزة هو المشهور وحكى الرافعي ضمها وقال صاحب المحكم هي الضم اسم للمأخوذ مشتقة من الأجر وهو عوض العمل.

في مصر يطلق لفظ " مؤجر على كل من المؤجر والمستأجر هذا الاستعمال العامي حكم محكمة الاستئناف المختلطة (في ديسمبر لسنة ١٩١٣م، مج ط ٢٦، ص ٩٧) جاء

[1] دكتور عبد الرازق السنهوري ـ عقد الإيجار وإيجار الأشباه ـ دار الفكر ـ ص ٢.

فيه أنه قد أصبح من المشهور أن لفظ مؤجر وهو في اللغة العربية الصحيحة لا يعني غير " المؤجر " تطلقه الآن العامة على كل من المؤجر والمستأجر بغير تفريق، وهذا يؤخذ على الحكم بأنه سلم بان لفظ "مؤجر " معناه في اللغة العربية الصحيحة " المؤجر".

تعريف عقد الإيجار في الشريعة الإسلامية :

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية عقد الإيجار بأنه تمليك نفع مقصود من العين بعوض [٢].

إن الإيجارة عقد على المنافع بعوض ونصت المادة ٥٧٧ من كتاب مرشد الحيران على أن عقد الإيجار هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشروع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة.

يستفاد من تعريف الفقهاء لعقد الإيجار أن هذا العقد عقد تمليك للمنفعة، وأن التعريف يشمل ثلاثة أركان من عقد الإيجار، وهي رضا المتعاقدين والعين المؤجرة والأجرة.كما يستفاد أيضاً من التعريف أن المنفعة والتي هي موضوع عقد الإيجار يجب أن تكون مقصودة من العين في نظر الشرع والعقلاء.

تعريف عقد الإيجار في القانون السوداني :

يعتبر الإيجار وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء مقابل معين [٣]. وقد استمد القانون السوداني تعريفه من فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية، ومن التعريف الذي أخذ به القانون السوداني يتضح أنه نظر للإيجار نظرة البيع، أي أنه ينقل حقاً معيناً وهو حق ملكية في البيع وحق منفعة في عقد الإيجار.

تعريف عقد الإيجار في القوانين الأخرى :

عرفت المادتان ٤٤٥/٣٦٢ من القانون المصري عقد إيجار الأشياء بأنه عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة، بينما عرفته المادة

---

[٢] ابن عابدين ـ الجزء الخامس ـ ص ٢.

[٣] أ. محمد الشيخ عمر ـ الوجيز في عقدي البيع والإيجار ـ ص ١١٧ـ ٢٠٠٤م.

١٧٠٩ من القانون الفرنسي بأنه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يجعل الأخر ينتفع بالشيء في مدة معينة وبأجرة معينة يلتزم هذا الأخير بدفعها.

مما تقدم تلاحظ بأن هناك فرقاً بين التعريفين فالقانون المصري يقرر في تعريفه أن المؤجر يلتزم بترك المستأجر ينتفع بالشيء المؤجر ومرافقه. كما يتضح ذلك جلياً في الرجوع للنص الفرنسي والذي يقرر بأن المؤجر يلتزم بجعل المستأجر ينتفع بالشيء المؤجر [٤].

أما القانون الألماني فإنه يفرق بين نوعين من الإيجار وهما إيجار الاستعمال وإيجار الاستغلال، فالأول عقد يلتزم به المؤجر أن يجعل المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة الإيجار، ويلتزم المستأجر بأن يدفع الأجرة المتفق عليها للمؤجر. والثاني عقد يلتزم به المؤجر أن يجعل المستأجر مدة الإيجار ينتفع بالعين المؤجرة ويحصل على ثمراتها في الحد الذي يعتبر فيه هذه الثمرات ريعاً للعين. طبقاً لقواعد الاستغلال المعروفة ويلتزم المستأجر بأن يدفع للمؤجر الأجرة المتفق عليها. بينما عرفه القانون السويسري بأنه عقد يلتزم به المؤجر أن يعطي المؤجر منفعة العين المؤجرة في مقابل أجرة [٥].

الفصل الثاني

الإيجار من الباطن

الإيجار من الباطن يعني دخول طرف ثالث للانتفاع بالعين موضوع الإيجار وهذا الطرف الثالث يخلق علاقة جديدة ما بين المستأجر من الباطن إضافة للعلاقة القائمة ما بين المؤجر والمستأجر الأصلي.

المستأجر له حق شخصي قبل المؤجر ولكنه يستطيع التصرف في هذا الحق بالبيع والهبة وغيرها من التصرفات وله أيضاً أن يرهنه رهناً حيازياً وأن يؤجره وأن يعيره وبهذا لا يعتبر تطبيق للقواعد العامة التي تجيز التصرف في الحقوق الشخصية كما تجيز التصرف في الأعيان والمستأجر في كل ذلك إنما يتصرف في حق شخصي له في ذمة المؤجر.

---

[٤] المادة ٥٨١ ـ القانون المدني الألماني.

[٥] م ٢٥٣ من قانون الالتزامات السويسري.

هـذا مـن الناحيـة القانونيـة أمـا مـن الناحيـة العمليـة فـإن التصـرفات الـتي يجريهـا المستأجر عادة في حقه هي التنازل عن هذا الحق وإيجاره من الباطن [٦]:

في هذا الفصل سنتناول إن شاء الله موضوع الإيجار من الباطن من حيث العلاقات التي تنشأ سواء كان بين المؤجر والمستأجر من الباطن أو بين المستأجر والمستأجر من الباطن وسنتناول أيضاً جواز مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن بالأجرة مباشرة ونختمها بالإيجار من الباطن في القانون السوداني والشريعة الإسلامية وعلى النحو الآتي:

١-المبحث الأول : علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن :

أ- التزامات المستأجر الأصلي نحو المستأجر من الباطن.

ب - التزامات المستأجر من الباطن بالمستأجر الأصلي.

٢- المبحث الثاني :

١. علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن.

٢. قبول المؤجر للإيجار من الباطن بعد حصوله.

٣- المبحث الثالث :

الإيجار من الباطن في القانون السوداني والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

علاقة المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن

١-التزامات المستأجر الأصلي بالمستأجر من الباطن:

قدمنا أن المستأجر الأصلي يكون مؤجراً في عقد الإيجار من الباطن، فيلتزم نحو المستأجر من الباطن بجميع التزامات المؤجر، حيث يلتزم بتسليم العين المؤجرة ويتعهد

[٦] عبد الرازق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ المجلد السادس ـ الإيجار ـ ص ٦٦١.

بالصيانة وبضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وذلك كله طبقاً لشروط عقد الإيجار من الباطن لا لشروط عقد الإيجار الأصلي.

٢-التزامات المستأجر من الباطن بالمستأجر الأصلي :

كذلك يلتزم المستأجر من الباطن بجميع التزامات المستأجر طبقاً لشروط عقد الإيجار من الباطن لا لشروط عقد الإيجار الأصلي، ويلتزم بأن يستعمل العين فيما أعدت له، وبالمحافظة عليها ولا يدخل في ذلك إجراء الترميمات التأجيرية والمسئولية عن الحريق، ويردها للمستأجر الأصلي عند انتهاء عقد الإيجار من الباطن، ويلتزم بوجه خاص بأن يدفع الإيجار للمستأجر الأصلي، والأجرة هي المتفق عليها في عقد الإيجار من الباطن لا الأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار الأصلي، وللمستأجر الأصلي حق الامتياز كما المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة بالعين المؤجرة للوفاء بكل هذه الالتزامات وله أن يحبس هذه المنقولات وأن يوقع الحجز التحفظي عليها شأنه في ذلك شأن أي مؤجر.

٣-التزامات المؤجر نحو المستأجر الأصلي:

يبقى الإيجار الأصلي كما قدمنا يرتب في ذمة المؤجر التزاماته في ذمة المستأجر الأصلي لا للمستأجر من الباطن، وملتزماً نحو المستأجر الأصلي لا نحو المستأجر من الباطن بتعهد العين بالصيانة وبضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، وللمستأجر من الباطن أن يطالب بدوره المستأجر الأصلي بالتزاماته طبقًا لعقد الإيجار من الباطن، فيبقى المستأجر الأصلي وسيطاً بين المؤجر والمستأجر من الباطن، يطالب الأول ويطالبه الثاني [٧].

٤-التزامات المستأجر الأصلي نحو المؤجر :

للمؤجر أن يطالب المستأجر الأصلي بالتزاماته الناشئة من عقد الإيجار الأصلي، فله أن يطالبه بالأجرة المتفق عليها في عقد الإيجار الأصلي، كما له أن يطالبه بجميع

---

[٧] د.عبد الرازق السنهوري- المرجع السابق.

الالتزامات الأخرى من استعمال العين فيما أعدت له، ومن المحافظة عليها ويدخل في ذلك الترميمات التأجيرية والمسئولية عن الحريق، ورد العين عند نهاية الإيجار.

ويكون المستأجر الأصلي مسئولاً عن أعمال المستأجر من الباطن لأنه ليس أجنبياً عنه، وبذلك تزداد مسئولية المستأجر الأصلي إذ لا يصبح مسئولاً عن أعماله فحسب بل أيضاً عن أعمال المستأجر من الباطن، فإذا تلف العين بخطئه هو أو بخطأ المستأجر من الباطن تحققت مسئوليته نحو المؤجر.

والمستأجر من الباطن يكون مسئولاً بدوره نحو المستأجر الأصلي عن التزاماته الناشئة عن عقد الإيجار من الباطن فيبقى المستأجر الأصلي هنا وسيطاً بين المؤجر والمستأجر من الباطن، يطالبه الأول ويطالب الثاني...

المبحث الثاني

علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن[8]

١- علاقة غير مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن :

أما المؤجر والمستأجر من الباطن لا تربطهما علاقة مباشرة، فالمؤجر لم يؤجر إلا للمستأجر الأصلي وعقد الإيجار الأصلي هو الذي يربط العلاقة فيما بينهما، وكذلك المستأجر من الباطن لم يستأجر إلا من المستأجر الأصلي وعقد الإيجار من الباطن هو الذي يحكم العلاقة بينهما. فالمستأجر الأصلي يتوسط كقاعدة عامة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن فلا يجوز للمستأجر من الباطن أن يطلب من المؤجر الوفاء بالتزاماته كما لا يجوز للمؤجر أن يطالب مباشرة المستأجر من الباطن بالتزاماته إلا في حالات معينة حددها القانون نفصلها في الآتي :

أ/ لا يجوز للمستأجر من الباطن أن يطالب مباشرة المؤجر بالتزاماته :

المستأجر من الباطن مستأجر من المستأجر الأصلي لا من المؤجر فله أن يطالب المستأجر الأصلي بالتزامات المؤجر ولكن ليس له أن يطالب المؤجر بذلك، والمستأجر

---

[8] د. عبد الرازق السنهوري ـ المرجع السابق.

الأصلي هو الذي له ذلك قبل المؤجر، وإنما يجوز للمستأجر من الباطن وهو دائن للمستأجر الأصلي بهذه الالتزامات، أن يرفع دعواه ضد هذا الأخير فيرجع على المؤجر بالدعوى غير المباشرة، إلا أن هناك رأياً مرجوحاً في الفقه الفرنسي يعطي المستأجر من الباطن حق رفع دعوى مباشرة ضد المؤجر، على أساس أن المستأجر الأصلي وهو يؤجر من باطنه دون أن يمنعه المؤجر من ذلك، وبالتالي يكون ممثلاً للمؤجر فيلزمه بموجب عقد الإيجار من الباطن، ولكن مجرد عدم منع المؤجر للمستأجر الأصلي من أن يؤجر من الباطن بل وترخيصه الصريح له بذلك لا يعني إطلاقاً أن المستأجر الأصلي يمثل المؤجر وهو يؤجر من الباطن، فالمؤجر لم يأذن للمستأجر الأصلي تمثيله في هذا ولم يكن طرفاً في عقد الإيجار من الباطن، ولا يعترف إلا بمن تعاقد معه وهو المستأجر الأصلي.

ب/ الأصل أنه لا يجوز للمؤجر أن يطالب مباشرة المستأجر من الباطن بالتزاماته:

في القانون المصري لا يجوز للمؤجر كقاعدة عامة أن يطلب من المستأجر من الباطن الوفاء بالتزاماته، وإنما يطالب المستأجر الأصلي بذلك لأنه هو المدين له مباشرة بهذه الالتزامات بموجب عقد الإيجار الأصلي. وإنما يطالب المستأجر من الباطن المؤجر بطريق الدعوى غير المباشرة وباسم مدينه المستأجر الأصلي، لأنه دائن للمستأجر من الباطن بموجب عقد الإيجار من الباطن، والمؤجر يستعمل دعوى مدينه المستأجر الأصلي قبل مدين مدينه المستأجر من الباطن [٩].

أما القانون الفرنسي فإذا كان رجوع المستأجر من الباطن بدعوى مباشرة على المؤجر، رأياً مرجوحاً كما رأينا فإن رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن بدعوى مباشرة هو الرأي الراجح، ويستند هذا الرأي على نفس المادة (١٧٥٣) مدني فرنسي، وهي تقضي بأن المستأجر من الباطن غير ملزم قبل المالك إلا بمقدار ما تبقى عليه من أجرة المستأجر الأصلي وقت الحجز، ولا يسري على المالك دفعه للإيجار مقدماً ومع ذلك فلا يُعد الدفع مقدماً إلا إذا كان بموجب شرط في عقد الإيجار أو طبقاً للعرف.

---

[٩] د. عبد الرازق السنهوري ـ المرجع السابق.

٣/ جواز مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن بالأجرة مباشرة :

فيما تقدم رأينا أن للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن بالأجرة الثابتة في ذمة هذا الأخير للمستأجر الأصلي إذا لم يكن هذا ممنوعاً من الإيجار من الباطن، فإن كان ممنوعاً فبكل الأجرة الثابتة للمؤجر في ذمة المستأجر الأصلي، ولكن هذه الدعوى هي دعوى عينية مقصورة على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة في العين المؤجرة، أما باقي أموال المستأجر من الباطن فلا يوجد عليها حق امتياز للمؤجر، وإذا رجع هذا على المستأجر من الباطن في هذه الأموال فإنما يرجع كما رأينا بالدعوى المباشرة باسم المستأجر الأصلي، فيشترك دائنو هذا الأخير مع المؤجر شركة الغرماء، وفي هذا نوع من التحيف بحق المؤجر مما حمل القضاء الفرنسي على أن يعطي المؤجر دعوى مباشرة بالأجرة ضد المستأجر من الباطن، وما حمل بعض التشريعات الحديثة على إعطاء هذه الدعوى المباشرة بنصوص خاصة..

فالدعوى الشخصية المباشرة خاصة بالأجرة دون غيرها من التزامات المستأجر من الباطن، أما الالتزامات الأخرى فإن المؤجر لا يستطيع أن يطالب بها المستأجر من الباطن إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة...

٤/ قبول المؤجر للإيجار من الباطن بعد حصوله :

إذا قبل المؤجر الإيجار من الباطن بعد حصوله فإن ذمة المستأجر الأصلي تبرأ من التزاماته نحو المؤجر، وإن هذا القبول قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً، كما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المستأجر من الباطن دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي، والتكييف القانوني لبراءة ذمة المستأجر الأصلي هو أن هذه البراءة تقوم على أن المؤجر وهو دائن للمستأجر الأصلي اتفق مباشرة مع المستأجر من الباطن على حوالة الالتزامات التي على ذمة المستأجر الأصلي إلى ذمة المستأجر من الباطن، فتتحول هذه الالتزامات من ذمة المستأجر الأصلي إلى ذمة المستأجر من الباطن، فتتحول هذه الالتزامات من ذمة المستأجر الأصلي ويحل محله

المستأجر من الباطن طبقا لأحكام حوالة الدين، وتتحدد حوالة الدين هذه بمقدار ما في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي.

ونرى من ذلك أنه إذا قبل المؤجر صراحة أو ضمناً الإيجار من الباطن بعد حصوله، يصبح هو الدائن المباشر للمستأجر من الباطن بكل التزامات المستأجر الأصلي في حدود التزامات المستأجر من الباطن، ومن ثم يستطيع المؤجر أن يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن بالأجرة ولكن في حدود ما في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي، كما يستطيع أن يرجع عليه مباشرة في هذه الحدود بسائر التزامات المستأجر الأصلي...

وبقبول المؤجر الإيجار من الباطن بعد حصوله تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المستأجر من الباطن، فيطالبه بالتزامات المستأجر الأصلي ويؤدي له حقوق هذا الأخير، وذلك كله في حدود التزامات المستأجر من الباطن وحقوقه، وفيما زاد على هذه الحدود تبقى العلاقة قائمة فيما بين المؤجر والمستأجر الأصلي، وهكذا يختفي المستأجر الأصلي ولا يعود وسيطاً بين المؤجر والمستأجر من الباطن في حدود الحقوق والالتزامات الناشئة في عقد الإيجار من الباطن، وهذا ما عنته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي حيث تقول (أما سائر التزامات المستأجر غير دفع الأجرة فتبقى العلاقة غير مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن يتوسط بينهما المستأجر الأصلي، إلا إذا قبل المؤجر الإيجار من الباطن بعد صدوره دون تحفظ، أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن دون تحفظ فعندئذ يختفي المستأجر الأصلي وتصبح علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن علاقة مؤجر بمستأجر لكل منهما أن يطالب الآخر بحقوقه عن طريق الدعوى المباشرة....

الفصل الثالث

المبحث الأول : الإيجار من الباطن في القانون السوداني :

أشار القانون السوداني لأحكام الإيجار من الباطن في عدد من القوانين منها قانون تقييد الإيجارات لسنة ١٩٥٣م، وقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٣م، وقانون

إيجار المباني لسنة ١٩٩١م، ونسبة لتشابه الأحكام في قانون تقييد الإيجارات للعام ١٩٥٣م مع قانون ١٩٩١م سنتناول شرحهما مع بعضها البعض وقبل ذلك نتحدث عن قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

أولاً : قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٣م :

تنص المادة ٣٢٠ من هذا القانون على الآتي : (

أ – يجوز للمستأجر أن يعير المأجور أو يمكن غيره من استعماله والانتفاع به كله أو بعضه دون مقابل إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل.

ب – لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه لشخص آخر إلا بإذن من المؤجر أو بإجازته الصريحة.

ج – في الحالات المبينة في البندين (١) (٢) يتقيد المستأجر بالإيجار أو الإعارة أو التمكين بقيود المنفعة التي كان يملكها نوعاً وزمناً..

د – إذا أجر المستأجر المأجور بإذن المؤجر فإن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأول في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة بمقتضى العقد الأول.

هـ – إذا فسخ عقد الإيجار المبرم مع المستأجر الأول كان لمؤجره حق نقض العقد المبرم مع المستأجر الثاني واسترداد المأجور.

الواضح من النص أعلاه أن المشرع فرق بين نوعين من التصرفات التي يمكن أن تقع من المستأجر وترد على الحق في الإيجارة وهي :

١ – التصرفات التي تتم بدون مقابل وهي الإعارة والتمكين من استعمال المأجور والانتفاع به كله أو بعضه.

وفي هذه الحالة لم يشترط المشرع أخذ الإذن طالما كان الشيء لا يختلف ولا يتأثر باختلاف المستعمل كالمنازل المؤجرة والمتاجر على خلاف الآلات الميكانيكية التي ربما تتلف أو تهلك، وكذلك العربات التي تتأثر بالاستعمال.

٢ – تأجير المأجور كله أو بعضه لشخص آخر، وفي هذه الحالة لا يكون التصرف صحيحاً إلا إذا أخذ الإذن من المؤجر ويجب أن يكون صريحاً أي باللفظ أو بالإشارة أو الكتابة، أو باتخاذ موقف يدل دلالة قاطعة على الموافقة على الإجارة

من الباطن، أما الموافقة الضمنية التي تستنتج من الظروف فلا تكفي، وفي الحالتين السابق ذكرهما أو إذا قام المستأجر بإعارة المأجور أو التمكين من الانتفاع أو تأجيره من الباطن فإن المستأجر يتقيد بتقيد المنفعة التي كان يملكها نوعاً وزمناً م (٣٢٠) بمعنى أن يلتزم بعدم التغير في الاستعمال المتفق عليه في العقد، أو المعدة له العين أصلاً، فإذا خصص المكان للسكن فلا يجوز إعارته ليكون محلاً تجارياً، أو تأجيره ليكون ورشة لإصلاح السيارات، كما لا يمكن للمستأجر تمكين الغير من الانتفاع بالشيء أو تأجيره له لمدة أطول من المدة المحددة للإيجارة، فإن فعل ذلك فإن تصرفه لا يكون نافذاً في حدود ما جاوز مدة الإيجارة.

وفي حالة الإيجارة من المستأجر للغير بموافقة المؤجر فإن المستأجر الجديد (المستأجر من الباطن) يحل محل المستأجر الأول وهو المستأجر الأصلي، في جميع الحقوق والالتزامات المذكورة في العقد الأول، وإذا تم فسخ العقد الأول مع المستأجر الأصلي فإن المؤجر يملك الحق في نقض العقد مع المستأجر من الباطن واسترداد المأجور [١٠].

ثانياً : قانون إيجار المباني لسنة ١٩٩١م وقانون ١٩٥٣م :

تنص المادة ١٥/ أ من قانون المباني لسنة ١٩٩١م على الآتي :

أ/ لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن المباني أو يؤجرها من الباطن، أو يتخلى عن حيازتها أو حيازة أي جزء منها بأي وجه آخر دون موافقة المؤجر كتابة..

ب/ تعتبر الموافقة المذكورة في الفقرة (أ) حاصلة بحكم القانون إذا امتنع عنها المؤجر بوجه غير معقول ولا يعتبر المؤجر ممتنعاً عن تلك الموافقة بوجه غير معقول في أي من الحالات الآتية :

أولاً : زيادة فترة الإيجار من الباطن عن ثلاث سنوات.

ثانياً : استمرار المستأجر نفسه شاغلاً لأي جزء من المباني.

[١٠] د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، عقد الإيجار، دراسة مقارنة.

ثالثاً : كون جملة الأجرة المستحق الدفع للمستأجر بموجب عقد الإيجار من الباطن المزمع إبرامه تجاوز الأجرة المستحقة الدفع مع المستأجر للمؤجر...

القاعدة العامة كما سبق ذكره أن للمستأجر على المبنى المستأجر حقاً شخصياً وهو كذلك يجوز أن ترد عليه كافة التصرفات التي ترد على الحق الشخصي، ولكن المشرع السوداني خرج عن هذه القاعدة وحرم المستأجر من التنازل عن المبنى المستأجر للغير أو إجارته من الباطن إلا بعد موافقة المؤجر [11] وقد أورد المشرع الأسباب السابقة الذكر والتي متى ما توافرت فإنه يحق للمالك الامتناع عن تلك الموافقة بحيث لا يعتبر امتناعه غير مقبول. فالحالة الأولى غير منصوص عليها في قانون تقييد الإيجارات لعام ١٩٥٣م بينما كانت تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ على الآتي :

((إذا زاد عدد الأشخاص الذين يحق لهم فعلاً أو يحتمل أن يحق لهم الاحتماء بهذا القانون كنتيجة لهذا التنازل، أو التأجير من الباطن واستبدال هذا النص بألا تزيد الإيجارة من الباطن عن الثلاث سنوات)).

بالرجوع إلى عجز المادة ٢٠/ أ من قانون تقييد الإيجارات نجده يقول (لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن المباني التي يؤجرها لفترة أو يتخلى عن حيازة أي جزء منها بأية طريقة أخرى دون موافقة كتابية من المؤجر) لقد ثارت مشكلات قانونية كثيرة حول تغيير هذه المادة وإحدى هذه المشكلات الإيجار من الباطن دون إذن كتابي من المؤجر الذي يعلم بوجود الإيجار من الباطن، ويتسلم الأجرة من المستأجر الأول أو المستأجر من الباطن. فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل تغلق حجة المؤجر هنا إذا رفع دعوى إخلاء على أساس أن المستأجر الأول أخل بشرط الإجارة من الباطن ولم يحصل على إذن كتابي...؟ تضاربت أحكام المحاكم السودانية في ذلك حيث إن بعضها اكتفت بالموافقة الضمنية أي التي يمكن استنتاجها من سلوك المؤجر. وقد استند القضاء بأن علم المؤجر بقيام المستأجر بالتأجير من الباطن واستمراره في استلام الأجرة يعتبر تنازلاً عن حقه في الإذن الكتابي إلى الحجج الآتية :

---

[11] مجلة الأحكام القضائية ١٩٦٠م.

إن قانون تقييد الإيجارات وإن كان قانونا عاما قصد منه حماية طبقات معينة إلا انه مع ذلك يتضمن نصوصاً تتعلق بحقوق خاصة يمكن الوقوف عليها بالتعرف على مقاصد الشارع من النص في ذاته، وحيث إن قانون تقييد الإيجارات كما يتضح من اسمه هو قانون جاء لتقييد الإيجارة في المقام الأول نظراً لازمة المساكن، التي استحكمت عندئذ، مما يقطع بأن المقصود منه هو تقييد حق المالك في استرداد الحيازة تقديرًا لتلك الظروف التي استدعت تدخل المشرع وتقييد حقه في تقدير الأجرة حماية للمستأجرين من استغلال الملاك لهم.

إن الرأي السائد فقهاً يذهب إلى أن التنازل لا يتعين أن يكون صريحاً بحيث إذا علم المؤجر بإخلال مستمر بشرط من شروط الإيجارة وتقاضى عنه لفترة طويلة فإنه يفترض في المالك عندئذٍ إما أنه قد تنازل عن ذلك، أو أنه منح ترخيصاً في ذلك الشأن بخصوص الاستعمال. فالقضاء الانجليزي متفق على ما ذهب الفقه إليه وقضى بإمكان التنازل في العديد من الأقضية [(١٢)] وبالعكس فقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن فشل المستأجر في الحصول على الموافقة الكتابية للمالك يبطل تصرف المستأجر في شان العين المستأجرة إلى غير ذلك دون اعتبار للسلوك والذي يرقى إلى درجة التنازل عن تلك الموافقة الكتابية أو إلى الدرجة التي قد تمنعه قانوناً من إبداء ذلك الدفع، فإذا انعدمت الموافقة الكتابية سواء كانت الإجارة تعاقدية أو قانونية فإن التصرف يعتبر باطلاً، وقد استند هذا الفريق إلى ما ورد في سابقة [(١٣)] سارة بت فضيل ضد فاطمة حبيب وآخرين إعادة نظر عليا رقم ٥٨/٢٤، حيث أورد القاضي ما يلي :

((إن قانون تقييد الإيجارات عام قصد به حماية مصالح الجمهور، وإن نص المادة ٢٠ على وجه لخصوص قصد منها المشرع حماية ملاك العقارات من محاولة الاستغلال والاستعمال التجاري من جانب المستأجرين، وإن عبارات نص المادة تدل على الإلزام وبالتالي فهو نص ملزم لا مقرر)).

[(١٢)] مجلة الأحكام القضائية ١٩٦٥م.

[(١٣)] د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم ـ المرجع السابق.

مما سبق نستطيع القول بعدم تجاوز النصوص الصريحة في قانون إيجار المباني لسنة ١٩٩١م، والتي تلزم الموافقة الكتابية، وهناك سوابق عدة تجاوزت هذا النص فقد ورد في سابقة [١٤] سيروسي ومحمد أحمد عمر //ضد// أخوان دربدرسان إعادة نظر بالاستئناف رقم ٥٩/١٨٥ والتي أكدت فيها المحكمة أن النصوص القانونية يمكن التنازل عنها صراحة أو ضمناً وذلك من خلال موافقة المؤجر العملية كاستلام الأجرة دون اعتراض وقد جاء في الحكم ما يلي :

((طبقاً لوقائع هذه القضية فإن المدعيين والمستأنف ضدهم كانوا يعلمون بإخلال المدعي عليه الأول ولمدة سبعة أشهر على أقل تقدير ومع ذلك ظلوا يستلمون الإيجارات من المستأجر المدعي عليه الأول، لذا تقرر بأنهم تنازلوا عن حقهم في وجوب الحصول على موافقتهم الكتابية على التأجير من الباطن))، ويتضح من قرار المحكمة أنه يمكن تجاوز نص المادة ١/٢٠ من قانون إيجار المباني وبالتالي فإنه يمكن للمستأجر الحصول على الموافقة الضمنية من المؤجر لإيجار العين من الباطن. هذه السابقة جاءت مجافية للواقع والوجدان السليم لأن المشرع عندما اشترع النص أورد فيه إلزاميته وأي تجاوز يعتبر مخالفة صريحة للنظام العام مما يترتب عليها ضرر بمصالح المؤجر ولا اجتهاد مع وجود النص.

المبحث الثاني

الإيجار من الباطن في الشريعة الإسلامية

الفقه الإسلامي أثبت أن المستأجر لعين من الأعيان يمتلك منافعها مدة من الزمن، ومن يمتلك المنافع يجوز له التصرف فيها بالوجه الذي يتفق مع طبيعتها، لذا نجد أن هناك اتفاقاً بين الفقهاء حول الإيجار من الباطن ولكن توجد بينهم اختلافات نتعرض لها في مطلبين وفق ما سيأتي :

---

[١٤] مجلة الأحكام القضائية ١٩٦٥م.

المطلب الأول

تأجير العين المستأجر للغير بعد القبض

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية والأصح عند الحنابلة أنهم يجيزون للمستأجر العين تصير لمن استأجرها (أي غير مالك العين) بعد القبض أو تسلمها من المالك إذا لم يشترط عليه هذا المالك عند التأجير جائزاً إذا أذن المالك فيه للمستأجر عند إبرام العقد أو بعده عن مدة العقد أو فيها، أما العين فلا تتأثر باختلاف المستأجر..

وذهب القاضي من الحنابلة إلى منع ذلك مطلقاً بمعنى أنه ليس للمستأجر تأجير العين للغير ولو كان هذا قبل القبض أو تسليمها من المالك ولو لم يشترط عليه المالك استيفاء المنفعة بنفسه وقد استدل بالآتي :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عنده) ومنافع العين المستأجرة لم تدخل في ضمان المستأجر فلا يحل له ربحها ولم يجز له تأجيرها. إن تأجير العين المؤجرة عقد على ما لم يدخل في ضمان المستأجر فلا يجوز كضمان المكيل والموزون قبل قبضه من البائع. وقد رد جمهور العلماء على هذا بأن تأجير العين المؤجرة بعد تسليمه من المؤجر ليس داخلاً في نهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يقبضه الإنسان، أما إذا اشترط مالك العين على المستأجر أن يستوفي منفعة العين المؤجرة بنفسه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك الحنفية والشافعية في أحد الوجوه، والحنابلة يرون أنه يجوز للمستأجر أن يوفر العين بعد تسليمه له من المؤجر لغير من استأجرها منه. ويرى فقهاء المالكية والشافعية في وجه آخر أن المؤجر إذا اشترط على المستأجر أن يستوفي منفعة العين المؤجرة بنفسه، بينما يرى الظاهرية والإمامية والشافعية في وجه آخر أن المؤجر إذا اشترط على المستأجر أن يستوفي منفعة العين المؤجرة بنفسه صح العقد وتجيء صحته بوجوب الوفاء به، وعليه فإنه لا يجوز للمستأجر في هذه الحالة عند هؤلاء أن يؤجر العين لغير من استأجرها منه عملاً بهذا الشرط وحجتهم في هذا أن المستأجر يملك المنافع من وجه المؤجر فلا يملك ما يرضى به، ثم إنه قد يكون للمؤجر غرض في تخصيص هذا

المستأجر باستيفاء منفعة العين التي أجرها له، ولعل هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب وذلك أن عقد الإيجار من العقود الرضائية وتنطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ويجب على الأطراف الالتزام بالشروط التي يتفقون عليها إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ولا أعتقد أن شرط المنفعة عند المستأجر فقط ينافي مقتضى العقد إذا تم الاتفاق عليها، فالمنفعة الشخصية يمكن للمستأجر أن ينتفع بها لنفسه أو بواسطة الغير هذا إذا لم يشترط عليه ذلك، أما في حالة الشرط فيجب الالتزام به..

المطلب الثاني

تأجير العين المستأجرة للغير قبل القبض

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في صحة أو جواز تأجير العين المستأجرة لغير المالك المؤجر قبل قبضها أو تسليمها من هذا المالك.. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف والمالكية وقول غير مشهور عند الشافعية ووجه عند الحنابلة والظاهر من مذهب الإمامية والحق أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين لغير من استأجرها منه قبل قبضها أو تسليمها من المؤجر.. ويحتج هؤلاء بأن المعقود عليه هو المنافع وهي لا تعتبر مقبوضة بقبض العين فلا يؤثر فيها القبض، وذهب فريق آخر منهم وهم محمد بن الحسن من الحنفية والمشهور عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة والظاهر من مذهب بن حزم والزيدية، إلا انه يجوز للمستأجر أن يؤجر لغير من استأجرها منه قبل قبضها أو تسلمها من المؤجر، وحجتهم في ذلك أن منافع العين المؤجرة مملوكة بعقد معاوضة، وهو عقد الإيجارة، وكل ما فيه يعوض قبل قبضه سواء كان منافع أو مباني ونصت المادة ٥٨٦ من مجلة الأحكام العدلية للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقارًا أو كان منقولاً، بينما نصت المادة ٥٨٧ للمستأجر إيجار ما لم يتفاوت استعماله أو انتفاعه باختلاف الناس لآخر.

الخاتمة :

هذا البحث لا يعدو أن يكون جمعاً لشتات متناثر قصدت به إلقاء الضوء على هذا الموضوع لعلي أوفيه حقه، خاصة وأن الإيجار من الباطن بات يشكل هاجساً كبيراً لملاك العقارات، كما وددت أن أضع لبنة أولى في هذا المضمار متمنياً أن يوفقني الله في مرات أخر على الكتابة في هذا المجال بصورة تفصيلية وبشكل أوسع.

الإيجار من الباطن ألقى بظلال كثيفة في جميع الساحات العدلية وأرقت مضاجع المحاكم، على الرغم من النصوص التي تناولتها إلا أن هناك تضارباً وتداخلات في أحكام المحاكم خاصة فيما يتعلق ببعض القيود التي وضعها المشرع، فالمادة ١/١٥ من قانون إيجار المباني لسنة ١٩٩١م نصت على وجوب الموافقة الكتابية في حالة التنازل أو الإيجار من الباطن، وحددت الحالات التي تكون فيها هذه الموافقة حاصلة بحكم القانون، لذا أرى أن التضارب اللاحق في أحكام المحاكم السودانية يعد خروجاً سافراً عن الالتزام بالنص، وهذا الخروج لا يقبله العقل ولا العدالة ولا الوجدان السليم، وقصد المشرع واضح حيث لا اجتهاد مع وجود نص وهي قاعدة أصولية راسخة في المجالات القانونية، هذا الخروج عن قصد المشرع استوقفني كثيرًا مما هداني إلى أن أناشد فقهاء القانون وكل قانوني صاحب ضمير حي أن يطرق بشدة على هذا الموضوع حتى لا يضار المجتمع من التطبيق غير المنضبط لنصوص القانون الذي وضعه المشرع، من أجل المحافظة على الثقة بين المجتمع والأجهزة العدلية، حيث لا يكفي أداء العدالة بل يجب أن يكون من الواضح ومن غير المشكوك فيه أنها تؤدي [١٥].

---

[١٥] العالم اللورد هيوارت.

٤/ التحكيم الإلكتروني

إعداد / نبيلة عبد الكريم كبور

المستشار القانوني بوزارة العدل

أستاذ مشارك- كلية الشريعة والقانون -جامعة الفاشر

المقدمة :

قد أتاح إنشاء المواقع الإلكترونية على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) سهولة ويسر الاتصالات بين مختلف أجزاء العالم، الأمر الذي لفت انتباه الشركات والمؤسسات التجارية إلى أهمية استخدام الشبكة في توسيع حجم السوق، وتسويق السلع والخدمات عن طريق الإنترنت.

وقد صاحب الانتشار المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة منها مما استتبع البحث عن وسائل لتسوية منازعاتها بطريقة إلكترونية تتماشى مع طبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وكونها تتم عبر شبكة اتصالات دون الحاجة إلى وجود أطراف التحكيم في مكان واحد، فاللجوء إلى القضاء ليس طريقاً مقبولاً لفض النزاعات الإلكترونية وليس التحكيم العادي سريعاً بدرجة كافية، ولذلك ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم الشبكي باعتباره أحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات، وبناءً على ذلك فقد ارتأينا إعداد دراسة قانونية متواضعة بالتحكيم الإلكتروني من خلال تقسيم الموضوع إلى المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني وطبيعته.

المبحث الثاني: اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني وطبيعته

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني :

أولاً : تعريف التحكيم :

فقبل الخوض في تعريف التحكيم الإلكتروني لابد لنا من تناول تعريف التحكيم بصفه عامة: وقد تباينت وتعددت التعريفات الخاصة بالتحكيم وذلك وفقاً للزاوية التي يتناول فيها كل فقيه التحكيم فيعرفه البعض بأنه: نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاءهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريقة التحكيم) [1]، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم، وهنالك من يعرف التحكيم بأنه : الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أو مشارطة [2]. ويرى الدكتور إبراهيم محمد احمد دريج أن التحكيم هو اتفاق أو رغبة الطرفين على عرض النزاع بينهما فعلاً أو الذي يمكن أن يثار في المستقبل بشأن علاقة بينهما أمام شخص أو أشخاص محكمين للفصل فيه دون القضاء المختص [3].

من الواضح أن أغلب هذه التعريفات لا تختلف كثيراً في مفهومها العام للتحكيم، فنظام التحكيم هو أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة صاحبة الولاية العامة والاختصاص بالفصل في جميع منازعاتها وأياً كان موضوعها إلا ما استثني بنص قانوني وضعي خاص، ولأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد عاديين أو أشخاص غير قضائيين يطلق عليهم (هيئة التحكيم) ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع وذلك

---

[1] د. حاج آدم حسن الطاهر ـ الفرق بين التفاوض والتوفيق والتحكيم ـ مجلة العدل العدد ٢٣ ص ٢٢٠.

[2] أحمد سلامة ـ القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ـ بدون ناشر ـ بغداد ١٩٨٥م ـ ص ٢١.

[3] أحمد سلامة ـ القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ـ بدون ناشر ـ بغداد ١٩٨٥م ـ ص ٢١.

للتخصص الفني والذي قد لا يتوافر لغيرهم مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم والفصل فيها.

ثانياً: تعريف التحكيم الإلكتروني:

يعتبر التحكيم الإلكتروني أفضل وسائل حسم المنازعات عبر الإنترنت (online dispute resolution) التي يرمز لها اختصارا بـ (O.D.R) ويرجع ذلك لأنه تتم مباشرته منذ بدايته وحتى نهايته إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت الدولية[4]. التي تكون متاحة للكافة في جميع أنحاء العالم ومن ثم يمكن الوصول واللجوء إليه من قبل الأطراف في أي وقت ومن أي مكان.

وقد تناول عدد كبير من الفقه تعريف التحكيم الإلكتروني ونشير هنا إلى بعض منها على النحو التالي:

فقد عرف التحكيم الإلكتروني بأنه: (وسيلة اختيارية لحسم المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية عن طريق اختيار محكم أو محكمين يقومون بالفصل في تلك المنازعات من خلال أو بواسطة الإنترنت بقرار ملزم للخصوم) [5] كما عرفه البعض بأنه: (ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالباً بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصالات حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي، كما عرف أيضاً بأن التحكيم الإلكتروني (هو عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الإلكترونية) لتسوية

---

[4] محمد مأمون سليمان ـ التحكيم الإلكتروني ـ دار الجامعة الجديدة ـ ٢٠١١م ص ٦٤.

[5] د. خالد ممدوح إبراهيم ـ التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ـ دار الفكر الجامعي ـ الاسكندرية ـ ط ١ أولى ٢٠٠٨-٢٤٨.

النزاع باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة وفقاً لقواعد تنظيمية ملائمة بموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف) [6].

وعليه نخلص مما سبق في تعريف التحكيم الإلكتروني إلى أنه وسيلة اختيارية بديلة لحسم المنازعات عبر وسائل الاتصالات الحديثة يتم بموجبها عرض النزاع على طرف ثالث محايد يتولى الفصل فيها بحكم ملزم للأطراف، وواجب التنفيذ.

ثالثاً : مزايا التحكيم إلكتروني :

يتمتع كل نظام قانوني بجملة من المزايا والخصائص التي ينفرد بها عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، والتحكيم الإلكتروني كغيره من الأنظمة يتميز بعدة مزايا منها:

١/ السرعة في فض النزاعات :

يتميز التحكيم الإلكتروني بالسرعة في حسم المنازعات وهذا ما يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية [7]، لأن إجراءات التقاضي طويلة نسبياً وفيها العديد من الشكليات والمدد الزمنية التي يجب على الخصوم التقيد بها، والسبب في توفير الوقت يرجع إلى أن التحكيم الإلكتروني لا يشترط انتقال أطراف النزاع عبر وسائط الاتصال الإلكترونية، كما يمكن للخصوم تبادل الأدلة والمستندات في ذات الوقت عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى [8].

٢/ قلة مصاريف ونفقات التقاضي :

يؤدى استخدام التقنيات الحديثة في إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى التقليل من نفقات التحكيم كما يؤدى إلى السرعة بالفصل في المنازعات فإجراءات التحكيم

---

(6) د. عبد الحميد الشواربي ـ التحكيم والتصالح ـ منشأة المعارف ـ الاسكندرية ٢٠٠٠ ـ ص ٢٢.

(7) ألاء يعقوب النعيمي ـ الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني ـ بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ـ المجلد السادس ـ العدد الثاني ٢٠٠٩ – ص ٣٠٦.

(8) د. خالد ممدوح ـ التحكيم الإلكتروني ـ بحث قانوني منشور على الموقع الإلكتروني htt/WWW.hdrmut.net/Vb/t299304.htm1

تتم عبر الإنترنت ولا تتطلب انتقال أطراف النزاع إلى مكان انعقاد جلسات التحكيم ولا تستلزم الحضور المادي للأطراف والخبراء والشهود وهذا ما يقلل من نفقات السفر والانتقال [9].

كذلك المحكم الذي يتولى الفصل بالنزاع في التحكيم الإلكتروني شخص تتوافر فيه الخبرة الفنية والعملية في منازعات التجارة الإلكترونية وهذا ما يقلل من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع [10]، وبسبب هذه الميزة أصبح التحكيم الإلكتروني الوسيلة المفضلة وتكاد تكون الوحيدة في فض منازعات التجارة الإلكترونية لأن أغلب العقود التي تتم عبر الإنترنت قليلة الكلفة فليس من المنطقي اللجوء للقضاء أو التحكيم التقليدي لتسوية المنازعات الناشئة عنها والتي تكون فيها إجراءات التقاضي مرتفعة التكلفة [11].

٣- الرغبة في عرض النزاع على أشخاص مختصين من ذوي الدراية والخبرة القانونية والفنية في مجال التجارة الإلكترونية :

٤- التخلص من مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي :

إن وجود اتفاقية دولية بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين وهي اتفاقية نيويورك الصادرة عام ١٩٥٨م يجنب الأطراف الراغبة بالخضوع للتحكيم من التعرض لمشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي على اعتبار أن العقود المبرمة عن طريق الإنترنت بصورة عامة وعقود التجارة الإلكترونية بصورة خاصة هي عقود دولية لا تحدد جغرافية معينة فالإنترنت شبكة مفتوحة ولها إقليمها الخاص بها [12].

---

[9] د. نبيلة زيد ـ مقابلة الحكيم الإلكتروني ـ بحث منشور على الموقع الإلكتروني – http/WWW.arab elaw.com/showsimilar.aspx?id=81

[10] د. خالد ممدوح ـ التحكيم الإلكتروني ـ مرجع سابق.

[11] د. نبيلة زيد ـ مقابلة التحكيم الإلكتروني ـ مرجع سابق.

[12] د. محمد إبراهيم موسى ـ التحكيم الإلكتروني ـ بحث منشور على شبكة الإنترنت في الموقع الإلكتروني WWW.ledroitpourtous.blogspot.com

فلو نشأ نزاع بين طرفين بخصوص التجارة الإلكترونية وأراد أحد المتخاصمين اللجوء إلى قضائه الوطني تبرز مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب والتطبيق عليه، بالإضافة إلى عدم وجود قواعد موضوعية موحدة تلتزم فيها الدول في مجال التجارة الإلكترونية كما لا توجد قواعد موحدة تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات التجارة الإلكترونية [13].

المطلب الثاني : طبيعة التحكيم الإلكتروني:

على الرغم من أن التحكيم الإلكتروني يختلف عن التحكيم التقليدي من حيث الوسيلة التي يتم مباشرته بها إلا أن طبيعة التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن طبيعة التحكيم التقليدي التي أفرزتها الثورة الهائلة في تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وبالتالي فإن الاختلاف من حيث الوسيلة لا يمنع من أن كلاً منهما يخضع لنظام التحكيم بصفة عامة، ومن ثم فإنهما يتسمان بذات الطبيعة الخاصة بنظام التحكيم بوجه عام [14].

وحول هذه الطبيعة التي يتصف بها نظام التحكيم الإلكتروني ثار جدل فقهي حولها. فالبعض يرى أنه ذو طبيعة عقدية، حيث يرى أنصاره بأن التحكيم بصفة عامة ذو طبيعة عقدية لأنه يتم أساساً على اتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه بين الأطراف بناءً على إرادتهم الحرة ويتم إصدار حكم تحكيمي في النزاع القائم بين أطرافه لأن هذا الحكم ما هو إلا انعكاساً لهذا الاتفاق الأمر الذي يتعين معه والحال كذلك إصباغ طبيعة التحكيم الإلكتروني بالصفة التعاقدية [15] بينما يرى البعض الآخر أنه ذو طبيعة قضائية ويرى أنصاره أن التحكيم الإلكتروني يتسم بالطابع القضائي لأن هيئة التحكيم هذه تقوم بإصدار حكم حاسم في النزاع يتعين أن تتوافر فيه جميع الشروط

---

[13] المرجع السابق.

[14] د. محمد أمين الرومي ـ النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ـ دار الفكر الجامعي ـ طبعة أولى ـ ٢٠٠٦م ـ ص١٢٧.

[15] د. يسري محمد العصار ـ التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ـ دار النهضة العربية ـ ط ٢٠٠١م ـ ص ٢٠.

والبيانات التي يشترط توافرها في الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني مثل كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه وشروط تسبيبه وغيرها من الاشتراطات الأخرى التي يتطلبها القضاء الوطني في أحكامه، ومن ثم فإن هيئة التحكيم تؤدى ذات الدور الذي يؤديه القضاء الوطني من حيث تحقيق العدالة بين الأطراف وإصدار حكم حاسم للنزاع القائم بينهما ويكون ملزماً لهما وواجب النفاذ [16]، مما يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني وهنالك رأي ثالث بين هذين الرأيين بأنه ذو طبيعة مختلطة ويرى أنصاره بأن التحكيم الإلكتروني تتعاقب عليه صفتان: الأولى هي الصفة التعاقدية التي تتمثل في اتفاق التحكيم الذي يبرم بناءً على إرادة الأطراف الذي يتم من خلاله الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة خلال مباشرة العملية التحكيمية والقانون المطبق على النزاع[17] والصفة الثانية هي الصفة القضائية بحيث تقوم هيئة التحكيم بإصدار أحكام في النزاع القائم بين الأطراف لأن هذه الأحكام لا تصدر إلا عن هيئة تتوافر بها الطبيعة القضائية [18]. وقد وجدت هذه النظرية قبولاً لأنها وضعت حداً فاصلاً بين كل من الطابع التعاقدي والطابع القضائي للتحكيم لأن الطابعين يسيران معاً ولا ينفصلان منذ بداية الطريق المتمثل في الاتفاق على التحكيم حتى نهايته بصدور حكم التحكيم في النزاع القائم بين الأطراف [19].

وأخيراً هنالك رأي يرى أن التحكيم الإلكتروني يتسم بأن له طابعاً خاصاً ذا طبيعة مستقلة ويرى أنصاره أن التحكيم له طابع خاص مستقل عن الطبيعة العقدية، والطبيعة القضائية، ويرجع ذلك إلى أن التحكيم الإلكتروني وإن بدا بطبيعة تعاقدية وهي اتفاق التحكيم إلا أن الاتفاق ليس هو جوهر التحكيم والدليل على ذلك أنه توجد حالات كثيرة يتم بها تشكيل هيئة التحكيم من قبل مراكز التحكيم الإلكترونية الدائمة وليس من قبل اتفاق الأطراف، كما أن الهدف الحقيقي للنظام

---

[16] المرجع السابق.

[17] د. محمد شفيق ـ التحكيم التجاري الدولي ـ دار النهضة العربية ١٩٩٧ ـ ص ٣١٠.

[18] د. محمد شفيق ـ التحكيم التجاري الدولي ـ دار النهضة العربية ١٩٩٧ـ ص ٣١٠.

[19] المرجع السابق ص ٣١١

القضائي هو تطبيق القانون بوصفة سلطة عامة في الدولة تتوافر بها سلطة الإجبار والإلزام، أما التحكيم فإن هدفه الحقيقي اقتصادي حيث يهدف إلى حل المنازعات التجارية الناشئة بين الأطراف، وهذا يتضح بأن طبيعة التحكيم الإلكتروني هي طبيعة خاصة مستقلة؛ لأن له قوانينه الخاصة التي تطبق عليه سواء القوانين الوطنية أو الدولية، أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وكذلك القوانين واللوائح لدى مراكز وهيئات التحكيم الإلكترونية الدائمة [20]، وعليه يرى الدكتور محمد مأمون سليمان ونحن نوافقه في هذا الرأي بأن هذه النظرية قد وافقها الصواب في أن التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة خاصة مستقلة، لأن التحكيم بصفة عامة قد ظهر في الوجود قبل نشأة النظام القضائي، كما أن التحكيم تباشره هيئة تحكيمية يتم تشكيلها إما بناءً على اتفاق الأطراف أو بناء على لوائح وقواعد هيئات التحكيم الإلكتروني الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف فضلاً عن أن هذا التحكيم قد تطور إلى أن وصل إلى الحالة التي هو عليها الآن وهو التحكيم عبر شبكة الإنترنت الدولية التي تتسم بالطابع الإلكتروني وأنه قد ظهرت له قواعد خاصة به لا ترتبط بالقوانين الوطنية الخاصة بنظام القضاء[21].

المبحث الثاني

اتفاق التحكيم الإلكتروني

يُعد اتفاق التحكيم الإلكتروني الممر الوحيد الذي يعبر من خلاله الأطراف إلى نظام التحكيم الإلكتروني وبدونه لا يستطيع أي من هؤلاء الأطراف اللجوء إلى إحدى الهيئات التحكيمية لمباشرة التحكيم من أجل حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينها، وسوف يتضح لنا الرؤية الكاملة لهذا المطلب عن طريق تناوله عبر الفروع التالية:

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم.

---

(20) د. محمد مأمون سليمان – مرجع سابق – ص ٧٤

(21) المرجع السابق ص ٧٧ – نفس المعنى د. إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص– مرجع سابق ص ٣٩

المطلب الثاني: إبرام اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث: أهم شروطه وخصائصه.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني:

يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: (العقد الذي يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف بطريقة سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريق بقصد أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[22]. ويعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني أيضاً بأنه بمقتضاه يتعهد بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشؤها من خلال التحكيم ويكون اتفاق التحكيم دوليا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية[23].

ويتضح من خلال تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه عقد إلكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن اتفاق التحكيم التقليدي وتتمثل في الآتي:

١. إن ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل: (الإنترنت) ولذلك فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصالات دون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، وهي من أهم مظاهر الخصوصية في اتفاق التحكيم الإلكتروني.

٢. اتفاق التحكيم الإلكتروني يتسم غالباً بالطابع الدولي وذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يرتبه جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط[24].

---

[22] د. إيناس الخالدي – التحكيم الإلكتروني – دار النهضة العربية –٢٠٠٩–ص٢٠١

[23] د. حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم التجاري، دار الفكر الجامعي- ١٩٩٨م- ص١٣.

[24] د. أحمد عبد الكريم سلامة – إبرام العقود الإلكترونية – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي- ط أولى -٢٠٠٦ –ص٣١٩.

٣. من حيث الوفاء فقد حلت وسائل الدفع الإلكتروني في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات[25].

ويتم الاتفاق على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم الإلكتروني بإحدى وسيلتين شرط ومشارطة التحكيم الإلكتروني وتتطابق هاتان الوسيلتان مع أحكام شرط ومشارطة التحكيم التقليدي حيث يؤدي كلاهما نفس الوظيفة، فشرط التحكيم الإلكتروني موضوع اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما في المستقبل عن طريق التحكيم الإلكتروني، أما مشارطة التحكيم الإلكتروني فإنها تتجسد في رغبة الأطراف في فض النزاع القائم بينهم فعلاً عن طريق التحكيم باستخدام شبكة الإنترنت[26].

المطلب الثاني: إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني:

إن شبكة الانترنت الدولية لم تعد فقط مجالاً للاتصالات وتبادل المعلومات وإنما أصبحت مجالاً خصباً لإبرام العقود الإلكترونية بكافة أنواعها، ومن بين تلك العقود عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويتم إبرام هذا العقد عبر هذه الشبكة بطريقة إلكترونية عن طريق تقابل الإيجاب والقبول الصادر من الأطرف وذلك عن طريق رسائل البيانات التي تحمل بين طياتها كلاً من الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت بأي طريق من طرق التعاقد، سواء تم ذلك عن طريق خدمة World Wide Web والتي يرمز لها WWW أو خدمة البريد الإلكتروني EMAIL [27] أو عن طريق المحادثة Irc أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الإنترنت أو بطريق الترتيل عن بعد[28] (Download) أو أي

[25] د. أحمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية- ٢٠٠٠ – ص٦٧.

[26] د. عبد المنعم زمزم- قانون التحكيم الدولي –دراسة مقارنة- دار النهضة العربية- ٢٠١١-ص٧٨.

[27] د. محمد مأمون سليمان- مرجع سابق ص١٢٦.

[28] د. ايناس الخالدي- مرجع سابق – س٢١٨.

خدمة أخرى من الخدمات التي تقدمها هذه الشبكة، وهذا يقودنا إلى أن إبرام عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني له وجهان:

الوجه الأول: يتعلق بكيفية تعبير الأطراف عن إرادتهم.

الوجه الثاني: يتعلق بزمان إبرام هذا الاتفاق ومكانه.

أولاً: التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية:

يتم التعبير عن إرادة المتعاقدين في اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقداً إلكترونياً بصدور إيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الآخر بطريقة سمعية وبصرية عبر شبكة الإنترنت الدولية في مجلس واحد حكمي افتراضي نظراً لأنهم حاضرون من حيث الزمان، وبشرط أن يتلاقى ويتطابق كل من الإيجاب والقبول على اختيار التحكيم[29] كوسيلة لتسوية المنازعات القائمة بينهم فعلا أو التي سوف تقوم بينهم في المستقبل.

وقد أقرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، فأجازت الإيجاب والقبول بالهاتف، أو التلكس، أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، وأضافت الاتفاقية العبارة الأخيرة لتشمل كل ما قد تأتي به التكنولوجيا الحديثة للاتصالات ومنها: الاتصال عن طريق الشبكات الإلكترونية[30]، كما أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية، حيث نص على أنه (في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض، وقبول العرض وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته، أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض، الأمر الذي يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) بطريقة

---

(29) د. عاطف شهاب- اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاقتصادي التحكيمي – دار النهضة العربية -٢٠٠٢ – ص١٨٨.

(30) د. إيناس الخالدي- مرجع سابق – س٢٢٧.

إلكترونية [31] والإيجاب الإلكتروني Electronic Offer الخاص بإبرام عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني محل الحديث لا يختلف عن الإيجاب الخاص باتفاق التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة أو الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإرادة وذلك عن طريق شبكة الإنترنت الدولية حيث إن الموجب والقابل لا يجتمعان في مجلس واحد مادياً، في الغالب يكونان من دول مختلفة فإنه إذا أرسلت هذه الرسالة من المرسل يعتبر إيجاباً موجه للمرسل إليه لكي يقبل الاتفاق على التحكيم.ويتم إرسال العرض (الإيجاب) الذي يحمل اتفاق التحكيم الإلكتروني في صورة رسالة بيانات[32]. وذلك عبر شبكة الإنترنت وعلى الموجه إليه هذا الإيجاب يمكنه التعاقد مباشرةً خلال هذه الشبكة أيضاً بإرسال رسالة إلكترونية تفيد بقبول هذا الاتفاق. ويسمى بالقبول الإلكتروني ومن ثم فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم إبرامه إذا صادف الإيجاب الذي يشمل هذا الاتفاق قبولاً من الطرف الثاني (على شبكة الانترنت)[33] (Online). ووفقاً للقواعد العامة فإنه يتطلب لانعقاده صدور إرادة التعاقد من شخص يتمتع بالأهلية القانونية المطلوبة بمعنى أن يكون لهما أهلية التصرف لأن التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين وهو ما نصت عليه المادة (٥/١/أ) من اتفاقية نيويورك بقولها: (لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية) ونلاحظ في النص أن معرفة مدى اكتمال أو نقصان أهلية الشخص الطبيعي طرف التحكيم وقت إبرام الاتفاق على التحكيم تخضع طبقاً للاتفاقية للقانون الشخصي لهذا الطرف[34].

[31] المادة (١) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

[32] د. خالد ممدوح إبراهيم – إبرايم العقود الإلكترونية – مرجع سابق ص٣٢١.

[33] د. نجوى أبو هيبة – التوقيع الإلكتروني – دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٢ –ص ٤٥.

[34] د. إيناس الخالدي – مرجع سابق ص ٢١٩.

ثانياً: زمان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني ومكانه:

يتسم عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني بعدم وجود مادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة كالإيجاب والقبول في هذا العقد، ويتم بين أطراف وجود في دول مختلفة وإن كان يضمهم مجلس عقد حكمي واحد، أما من الناحية الزمنية التي تسمح بحضور افتراضي معاصر للمتعاقدين نجد أن البعد المكاني بين الموجب والقابل يظل قائمًا لا يمكن إنكاره، ومن ثم فإن عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني وإن كان يبرم بين غائبين من حيث المكان إلا أن أطرافه تكون حاضرة في الزمان[35]. ويعد تحديد زمن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني ضروري باعتباره نقطة بداية ترتب عقد الاتفاق لآثاره والتي تتمثل في التزام الأطراف باللجوء لنظام التحكيم الإلكتروني لحسم منازعاتهم وعدم اللجوء إلى القضاء الوطني لحسمها أما مكان انعقاد عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني فإن تحديده ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع في حالة حدوث منازعة تتعلق بإبرام العقد أو تنفيذه[36].

وعليه يتضح لنا أن القاعدة الأساسية هي أن عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني يقوم على مبدأ سلطان الإرادة ومن ثم فإن إرادة الأطراف هي التي تستطيع تحديد الوقت والمكان الذي يعقد فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المطلب الثالث: شروط عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني:

إن غالبية النظم القانونية الدولية والوطنية تفضل إبرام اتفاق التحكيم بطريقة إلكترونية من حيث الكتابة أو التوقيع عليه وذلك عبر شبكة الانترنت الدولية، لأن ذلك يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي يتولى التحكيم الإلكتروني فض منازعاتها [37]وهذا يقودنا إلى تناول أهم شرطين لعقد اتفاق التحكيم الإلكتروني هما:

١. شرط كتابة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

---

[35] د. محمد مأمون سليمان – مرجع سابق ص١٦٢.

[36] د. نجوى أبو هيبة – مرجع سابق – ص٤٩.

[37] د. محمد أمين الرومي ـ النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ـ مرجع سابق ـ ص ٥٥.

٢. التوقيع الإلكتروني علي اتفاق التحكيم.

أولاً: كتابة اتفاق التحكيم الإلكتروني:

لقد أتاح التطور التقني الذي أصاب وسائل الاتصال الحديثة التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع نظراً لأنه قد تم التحول من المحسوس إلى الرقمي، ومن الدعامة المادية إلى الدعامة الإلكترونية حيث ظهرت دعامة جديدة تختلف عن الدعامة الورقية مما ترتب على ذلك تراجع المحررات الورقية التقليدية تدريجياً وحلت محلها المحررات الإلكترونية [38].

والكتابة الإلكترونية وهي كل حروف، أو أرقام، أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك[39].

ونجد أن اتفاقية نيويورك وهي من أهم الاتفاقيات المنظمة للتحكيم تتطلب الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم حيث أشارت في المادة الثانية منها إلى أنه: (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشئ بينهم موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم)[40] وقد عرفت الاتفاقية الكتابة بقولها: (الاتفاق المكتوب بشرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق وقعه الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم)[41]. أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسترال) فقد نص على أنه: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو

---

[38] د. عبد المنعم زمزم – مرجع سابق – ص٧٤.

[39] د. عبد المنعم زمزم – مرجع سابق – ص٧٤.

[40] المادة(١/٢) من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ١٩٥٨م.

[41] المادة (٢/٢) نفس المرجع.

اللاسلكي تكون بمثابة سجل الاتفاق ويعتبر الإشارة إلى عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق التحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً [42].

ومن ثم فإن كتابة اتفاق التحكيم بطريقة إلكترونية تعد أمراً مهماً لكونه يتفق مع طبيعة العقود الإلكترونية لأنه هو الوسيلة التي يتم بها حسم النزاع الناشئ عن هذه العقود ومن ثم يجب كتابة اتفاق التحكيم بذات الطريقة الإلكترونية[43].

وأيضاً المشرع المصري قد ساير التطور والتقدم الذي لحق وسائل الاتصالات والمعلومات الحديثة وذلك بإصداره لقانون بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني الذي أقر فيه بصحة الكتابة والتوقيع الإلكتروني[44].

ومن ناحية أخرى فإن الكتابة الإلكترونية تكون لها نفس القوة التي للكتابة العادية بشرط أن تكون هذه الكتابة يمكن قراءتها ولو بواسطة أجهزة الإلكترونية وأن تتسم بالاستمرارية والثبات، وعدم إمكانية تعديلها أو العبث بها، أو بمحتوياتها دون ترك أثر مادي، وذلك من أجل أن تتوافر في هذه الكتابة الثقة والأمان يحتاج إليهم أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني حتى يستطيعوا إبرامه دون أي تخوف من طريقة الإبرام الإلكترونية [45].

ثانياً: التوقيع الالكتروني على اتفاق التحكيم الإلكتروني:

إن الكتابة لا تقف وحيدة بمفردها في أي عقد من العقود بل يجب أن يصاحبها ويقف بجوارها التوقيع عليها من قبل أطراف هذه العقود، ويعزى ذلك إلى أن الكتابة لا يكون لها قيمة قانونية كاملة وحجة على الأطراف كافة ما لم تكن مذيلة بتوقيعهم عليها، وذلك لأن هذا التوقيع يسمح بالتحقق من شخصية مصدره كما يؤكد رغبة الأطراف في إبرام هذا العقد[46].

---

[42] المادة (٢/٧) من قانون الأونسترال النموذجي للقانون التجاري الدولي ١٩٥٨م.

[43] د. خالد ممدوح إبراهيم – إبرام العقود الإلكترونية – مرجع سابق – ص٣٢٧.

[44] المادة (١) من القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني.

[45] د/ محمد مأمون سليمان – مرجع سابق – ص٢١٠.

[46] المرجع السابق – ص٢١٢.

ويعد التوقيع علامة شخصية خاصة مميزة يضعها الشخص باسمه أو بصمته أو بأي وسيلة أخرى على مستند الإقرار والالتزام بمضمونه ومن أجل تعزيز التوقيع الإلكتروني والتعامل به في جميع التعاملات التعاقدية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتأكيداً لذلك فقد صدر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة٢٠٠١م، الذي وضع تعريفاً واضحاً للتوقيع الإلكتروني وهو: (بأنه بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً ويجوز أن يستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها)[47].

المطلب الثالث

إجراءات التحكيم الإلكتروني

إن جوهر التحكيم الإلكتروني يكمن ويتمثل في العملية التحكيمية أو الإجراءات التحكيمية الإلكترونية، والمقصود بالعملية التحكيمية الإلكترونية هو أن تتم مباشرة جميع الإجراءات المتعلقة بالعملية التحكيمية من حيث تشكيل هيئة التحكيم ومباشرة الإجراءات لحين صدور حكم التحكيم الإلكتروني بطريقة إلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل شبكة الإنترنت[48]، وسوف نقوم بتفصيل هذه الإجراءات بشيء من الإيجاز عبر الفروع التالية:

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني.

المطلب الثالث: حكم التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني:

إن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني لا يعد فقط أول إجراء من إجراءات العملية التحكيمية بل إنه أهم إجراء في هذه العملية بأكملها، لأن هيئة التحكيم هي

---

[47] المادة (٦) من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني ٢٠٠١.

[48] د. إيناس الخالدي – مرجع سابق – ص٣١١.

التي سوف تقوم بمباشرة العملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى نهايتها بصدور حكمها في المنازعة المثارة أمامها، ويجب في هذه الحالة أن يتوفر لدى أعضائها خبرة كبيرة في مجال التجارة الإلكترونية التي تتولى حسم منازعاتها حتى تكون لديها القدرة على مواجهة هذه الصعوبات وحسمها[49]، وللحديث عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم بوجه عام نجد أنفسنا أمام صورتين من صور كيفية تشكيل الهيئة وهما:

١. الصورة الأولى وهي ما يسمى التحكيم الخاص أو الحر (Adhoc).
٢. الصورة الثانية ما يسمى التحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration).

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني في ظل نظام التحكيم الخاص (الحر):

إن اختيار أعضاء هيئة التحكيم الإلكتروني في ظل هذا النظام يرجع في المقام الأول والأخير إلى إرادة الأطراف، حيث يقوم الأطراف بالاتفاق فيما بينهم بعيداً عن أي مؤسسة تحكيمية دائمة على اختيار أشخاص معينة تتشكل منهم هيئة التحكيم التي تقوم بمهمة الفصل فيما بين هؤلاء من نزاع[50]. كما أن للأطراف الحرية الكاملة في تحديد عدد الأعضاء الذي تتشكل منهم تلك الهيئة قد يتفقوا على محكم واحد أو أكثر وأن يتم ذلك الاتفاق والاختيار بطريقة إلكترونية عبر شبكة الانترنت الدولية دون الحاجة للوجود المادي للأطراف أو المحكمين أثناء ذلك.

ثانياً : تشكيل هيئة التحكيم في ظل نظام التحكيم المؤسسي (المنظم):

في ظل هذا النظام يتم تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية بواسطة أحد مراكز أو هيئات التحكيم الإلكترونية الدائمة حيث ينحصر دور الأطراف فيه على الاتفاق فيما بينهم على اللجوء إلى أحد هذه المراكز أو الهيئات والتي تقوم الأخيرة عقب ذلك بتشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية واختيار أعضائها من بين قائمة معدة سلفاً بأسماء المحكمين ويتم ذلك وفقاً للوائحها ونظامها الداخلي دون تدخل من قبل أحد الأطراف في

---

[49] د. خالد محم القاضي – موسوعة التحكيم التجاري الدولي – دار الشروق – القاهرة – ط أولى – ٢٠٠٢ – ص ١١٧.

[50] د. محمد مأمون سليمان – مرجع سابق – ص٣٣.

هذا الاختيار[51]، من أمثلة هذه المراكز أو الهيئات المتخصصة في التحكيم الإلكتروني مثلاً جمعية المحكمين الأمريكية التي طورت نظام القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate)، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة لمنظمة حقوق الملكية الفكرية (Wipo) حيث وضعت نظاماً لتسوية منازعاتها (أسماء الحقول) (Domain name) كما ابتكرت مراكز أخرى مثل: (Square Trade)، ونظاماً يعرف بالمفاوضات المباشرة (Direct Negotiation) وهذا النظام يستخدم أسلوب الوساطة عبر الانترنت (Mediation Online) الذي يساعد على حل العديد من النزاعات التي يقرر فيها توصل فرق النزاع لحل دون طرف ثالث يقوم بعملية الوساطة أو التوفيق، وفي فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة عام ١٩٩٧م (Imaginons un IRis Reseau Internet plus Solitaire) وتعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة[52] وقامت أيضاً بعض المؤسسات مثل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا بإنشاء نظام محكمة تحكيم إلكترونية (Cyber Tribunal)، أو المحكمة القضائية وترمي إلى وضع قواعد تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها وسلامة منازعاتها[53].

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكترونية:

من المسلم به أن الأصل في التحكيم هو إعفاء هيئة التحكيم من التقيد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها قاضي الدولة أثناء تصديه للمنازعات، فأطراف العملية التحكيمية من خلال اتفاق التحكيم يحددون القواعد الإجرائية التي يرغبون باتباعها، فهم مستقلون في تحديد القانون المنطبق على التحكيم بمختلف جوانبه وفروعه، ويتفرع عن استقلال أطراف التحكيم استقلالية المحكمين في السير بالإجراءات أي ما يسميه الفرنسيون (استقلال الإجراءات التحكيمية) [54].

---

(51) د. خالد محمد القاضي – مرجع سابق –ص١١٩.

(52) د. خالد ممدوح إبراهيم – مرجع سابق – ص ٢٨٩.

(53) موقع هذه المحكمة على الإنترنت WWW.CYBER.bertribuna.

(54) د. إيناس الخالدي– مرجع سابق – ص٨٣.

وقد أكدت حرية أطراف النزاع في الاتفاق على إجراءات التحكيم (القانون النموذجي للتحكيم) بنصها على أنه: (يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم فإن لم تكن ثمة اتفاق كان على هيئة التحكم مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة)[55].

وعليه فإنه إذا جاز لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي يتعين اتباعها في سير خصومة التحكيم أو تفويض الأمر لهيئة التحكيم فإنه يجب دائماً مراعاة عدم مخالفة هذه الإجراءات للنظام العام للقانون الذي يجري التحكيم على ضوئه، أو للبلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه، وأيضاً من الضروري تقيد هيئة التحكيم بالقانون الواجب التنفيذ على موضوع النزاع وإلا كان حكمها عرضةً للبطلان، وقد أرست على ذلك غالبية اتفاقيات التحكيم مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في خصومة التحكيم [56].

ويقصد بإجراءات التحكيم هذه في مفهوم القانون العام بأنها: (مجموعة القواعد التي يجب على المحكمة اتباعها في سير التحقيق في موضوع النزاع وحتى صدور الحكم)[57]. وتشمل هذه الإجراءات بالطبع تحديد قواعد سير العملية التحكيمية من حيث تقديم طلب التحكيم وكذلك تبادل أو تداول المذكرات المكتوبة بطريقة البريد الإلكتروني (Email)، وكذا كيفية عقد جلسات التحكيم الإلكترونية التي تتم بالصوت والصورة عن طريق (Video Conference)، وأيضاً كيفية تبادل الوثائق والمحررات الإلكترونية ومدى حجيتها أمام هيئة التحكيم الإلكترونية عبر (شبكة

---

[55] المادة (٢) من القانون النموذجي التجاري الدولي لعام ١٩٨٥.

[56] د. إيناس الخالدي- مرجع سابق – ص.٢٥٨

[57] د. إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص – مرجع سابق –ص ١٣١.

الإنترنت الدولية)، وأيضاً اللغة المستخدمة خلال عملية التحكيم الإلكترونية وغيرها من الإجراءات الأخرى التي تتسم بالطابع الإلكتروني[58].

ويقوم الأطراف في نظام التحكيم الخاص (الحر) بتحديد الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم حيث تكون إرادتهم مطلقة في تحديد هذه الإجراءات دون قيد أو شرط، وذلك على خلاف ما هو متبع في نظام التحكيم المؤسسي المنظم حيث إن إرادة الأطراف في ظله تقف عند حد الاتفاق على إحالة النزاع القائم بينهم إلى إحدى هيئات التحكيم المؤسسي الدائمة، وهذه الهيئات في الغالب يكون لها لوائحها التي تحدد وتنظم الإجراءات المتبعة خلال سير العملية التحكيمية أمامها [59].

وتختلف القواعد الإجرائية التي تطبق على خصومة التحكيم بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم خاص أو حر أو تحكيم مؤسسي يتم في إطار هيئات ومراكز تحكيمية دائمة.

المطلب الثالث: حكم التحكيم الإلكتروني:

لا يختلف حكم التحكيم الإلكتروني عن تعريف حكم التحكيم عموماً إلا أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل: (الإنترنت) ولذلك فهو يعني كافة القرارات الصادرة من هيئة التحكيم عبر شبكات الاتصال كالإنترنت سواء كانت هذه القرارات نهائية أو مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية دون الحاجة إلى وجود مادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد[60]، وأن الثمرة الحقيقية للتحكيم الإلكتروني تتمثل في حكم التحكيم الذي توصل إليه المحكمون، وإجراءات العملية التحكيمية الإلكترونية تنتهي بإصدار حكم التحكيم من هيئة التحكيم والذي يجب أن يتم تبليغه للأطراف فور صدوره من هيئة التحكيم، وعقب ذلك تبدأ

---

[58] د. أحمد شرف الدين – الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وتسوية منازعاتها- دار النهضة العربية – ٢٠٠٢ – ص١٤٨.

[59] المرجع السابق – ص٣٠.

[60] د. حفيظة السيد الحداد – الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الخاصة الدولية – دار الفكر العربي ١٩٩٧–ص٣٥

الإجراءات الخاصة بتنفيذ هذا الحكم، وأن يصدر حكم التحكيم بذات الطريقة التي دارت بها إجراءاته[61].(أي على النحو الإلكتروني)، وأن تتم كتابة حكم التحكيم إلكترونياً والتوقيع عليه إلكترونياً، ونجد أن معظم القوانين الوطنية والدولية وكذلك الهيئات التحكيمية الإلكترونية قد ذهبت جميعاً إلى أنه يتعين على هيئه التحكيم إصدار حكم حاسم ومنهي للخصومة في النزاع القائم بين الأطراف وبذلك فهي ما أولته أهمية كبيرة مثله مثل الحكم الصادر من القضاء الوطني حيث قررت هذه القوانين والهيئات أنه بإصدار ذلك الحكم تنتهي إجراءات التحكيم وأطلقت عليه لفظ الحكم[62].

فبالنسبة للقوانين الوطنية نجد أن المشرع المصري قد ذهب إلى ذلك في قانون التحكيم لسنه ١٩٩٤م حيث نص على (أن تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها[63]، وبالنسبة للقوانين الدولية فقد أقرت ذلك أيضاً، القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي نص على أنه: (تنتهي إجراءات التحكيم بقرار التحكيم النهائي)، وكذلك الهيئات التحكيمية الإلكترونية الدائمة نجد أنها تسعى جميعها إلى إصدار حكم تحكيمي إلكتروني فاصل في النزاع القائم بين الأطراف، فجمعية التحكيم الأمريكي (AAA) قررت أن تتم مباشرة العملية التحكيمية إلى أن يصدر حكم التحكيم الإلكتروني، ويتم وضعه على الموقع ويخطر به الأطراف على بريدهم الإلكتروني[64] كما أن محكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (Ompi) ذهبت إلى ذلك أيضاً حيث قررت بأنه (يتم مباشرة العملية التحكيمية لحين إصدار حكم تحكيمي حاسم للنزاع القائم بين الأطراف ويتم إخطار جميع الأطراف ذات الصلة بالنزاع بهذا الحكم)[65].

---

[61] د. أحمد شرف الدين – مرجع سابق – ص١٥٢

[62] د. أحمد أبو الوفا – التحكيم في القوانين العربية – منشأة المعارف الاسكندرية ط ٢٠٠٢ – ص٦٦.

[63] المادة (١/٤٨) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ – ١٩٩٤.

[64] د. محمد مأمون سليمان – مرجع سابق – ص ٤٧٥.

[65] د. أحمد شرف الدين – مرجع سابق – ص١٦٠.

الخاتمة :

اتضح من خلال هذا البحث أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية أو العادية إلا من حيث توظيف الوسائل التي هيأتها ثورة المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم بدءاً من الاتفاق عليه ومروراً بإجراءاته وانتهاءً بصدور حكم فيه، وقد توصلنا من خلال البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن استعراضها في الآتي:

١. أن التحكيم الإلكتروني يلعب دوراً أساسياً في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بصورة خاصة.

٢. يهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني من خلال حل المنازعات الإلكترونية القائمة وتقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات.

٣. يكون التحكيم إلكترونياً إذا تمت كل إجراءاته عبر الوسيلة الإلكترونية.

التوصيات:

١. نوصي بعقد المؤتمرات الدولية والندوات لبيان مفهوم التحكيم الإلكتروني وإبراز أهمية وتعاظم دوره في حسم المنازعات بالمعاملات الإلكترونية.

٢. كما يجب العمل على توفير الأمن القومي المعلوماتي للمعاملات التي تتم عبر الإنترنت والارتقاء به وتطويره.

٣. يتعين استخدام تقنيات حديثة ومتطورة للحفاظ على الوجود المادي للمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

٤. كما يجب على الجهات المختصة والمهتمة بشئون التحكيم الإلكتروني القيام بإعداد الدراسات والبحوث حول التجارة الإلكترونية والمعاملات والعقود الرقمية وعلاقتها بالتحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الإلكتروني.

،،، والله من وراء القصد،،،

أهم المراجع :

أولاً : الكتب :

١. أحمد سلامة القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – بدون ناشر بغداد ,1985.

٢. إبراهيم محمد أحمد دريج – التحكيم الداخلي والدولي (النظرية والتطبيق شركة الميزان للاستثمار المحدودة ٢٠٠٣م).

٣. خالد ممدوح إبراهيم – التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية – دار الفكر الجامعي ,٢٠٠٨.

٤. عبد الحميد الشواربي – التحكيم والتصالح – منشأة المعارف ٢٠٠٠م.

٥. محمد أمين الرومي – النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني – دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م.

٦. يسري محمد العصار – التحكيم في المنازعات الإدارية – دار النهضة العربية ٢٠٠١م.

٧. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي- دار النهضة العربية ١٩٩٧م.

٨.إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص – دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.

٩. إيناس الخالدي – التحكيم الإلكتروني – دار النهضة العربية ٢٠٠٩م.

١٠. حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم التجاري – دار الفكر الجامعي ١٩٩٨م.

١١.أحمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص- دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.

١٢. عبد المنعم زمزم – قانون التحكيم الدولي (دراسة مقارنة)- دار النهضة العربية ٢٠١١م.

١٣. عاطف شهاب – اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاقتصادي التحكيمي - دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.

١٤. نجوى أبو هيبة – التوقيع الإلكتروني - دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.

١٥. محمد مأمون سليمان- التحكيم الإلكتروني – دار الجامعة الجديدة ٢٠١١م.
١٦. أحمد شرف الدين – الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وتسوية منازعاتها - دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.

ثانياً : القوانين والاتفاقيات الدولية :

١. اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ,١٩٥٨
٢. قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥م.
٣. القانون المصري رقم :١٥ لسـ٢٠٠٤ـنة بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني.
٤. قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسـ٢٠٠١ـنة.
٥.قانون التحكيم المصري رقم:٢٧ لسـ١٩٩٤ـنة.

ثالثاً: البحوث القانونية :

١. آلاء يعقوب النعيمي- إطار القانون لاتفاق التحكيم الإلكتروني بحث منشور في مجلة الشارقة والعلوم الشرعية والقانونية - العدد الثاني ٢٠٠٩م.
٢. نبيلة زيد – مقابلة التحكيم الإلكتروني – بحث منشور على الانترنت.
٣. محمد إبراهيم موسى – التحكيم الإلكتروني – بحث قانوني منشور على شبكة الإنترنت.

٥/ قياس مؤشرات الأداء

إعداد / د. عبد الله كريم الفارسي

مدير شركة الجودة للتدريب

بنغازي ـ ليبيا

يتناول هذا البحث مقدمة عن تعريف الأداء ومفهومه من حيث المفهوم الحالي والمؤسسي والفلسفة التي يقوم عليها قياس الأداء والمراحل الخاصة بها والتطبيقات التي تتعلق بمقياس الأداء بالإضافة إلى المؤشرات التي تعد معياراً لقياس الأداء مع التطرق إلى روح الأداء بصفة خصوصية بالمرور على المقارنة بين الأداء التقليدي والأداء المؤسسي مع هذا كله يتطرق الباحث إلى تقييم الأداء وفوائد ذلك التقييم والعوامل المؤثرة في العملية التقييمية للأداء بالإضافة إلى أبعاد تقييم الأداء والمعايير المستخدمة لتقييم الأداء وتقييم الأداء الكلي للمنظمات والمؤسسات.

مقدمة:

للفرد في أية منظمة أداء، ويمكن قياس أداء الفرد في المنظمة بمجموعات متنوعة من المقاييس، لكي يقيم أداؤه من خلالها، ولقد تعددت اتجاهات قياس الأداء الفردي في الآونة الأخيرة، ولعل من أحدث هذه الاتجاهات مقارنة الأداء الفردي بالأهداف المتوقع تحقيقها من الفرد والمتفق عليها، ومعرفة ما إذا كان سلوكه يتطابق مع هدفه أم لا، وصولاً لتحديد ما أنجزه من الأهداف.

علماً بأن مفهوم الأداء، لايزال غامضاً، بالرغم من الكتابات القليلة التي كتبت فيه، فمن الطبيعي أن يختلف الناس في فهم الأداء، وتحليل أبعاده، باختلاف رؤاهم من جهة، وبمدى إطلاعهم على خفاياه ودقائقه من جهة أخرى.

ويمكن النظر لقياس الأداء الفردي باعتباره عملاً من أعمال الرقابة يمارسه المدير المباشر للوقوف على حسن سير عمل الفرد في إدارته، للتأكد من إن جميع جهود مرؤوسيه تبذل من أجل تحقيق أهداف إدارته، مع اهتمامه المستمر بتوفير التناسق بين أعمال هؤلاء المرؤوسين واتفاقها مع الاتجاهات العامة للمنظمة وأهدافها الاستراتيجية.

المبحث الأول

تعريف ومفهوم الأداء

أولاً: تعريف الأداء :

عُرف الأداء بتعاريف مختلفة على الرغم من ندرة هذه التعاريف، وذلك نتيجة لاختلاف العلوم المتعلقة به، علماً بأن لكل تعريف نمط وأسلوب ومنهجية، تتمشى مع فترتها التعريفية، وتخدم أهدافها التي عرفت من أجلها.

عرف أحمد سيد مصطفى الأداء الوظيفي بأنه " هو سجل بالنتائج المحققة، وهو سجل يجسد سلوكاً علمياً يؤدى لدرجة من بلوغ الفرد أو الفريق للأهداف المخططة، أي درجة الإنجاز بكفاءة وفعالية" [١].

وعرف سلطان الأداء بأنه " هو المفهوم الذي يعبر عن الأثر الصافي لجهود الفرد التي تبدأ بالقدرات وإدراك الدور أو المهام، والذي يشير إلى درجة تحقيق وإتمام المهام المكونة لوظيفة الفرد "[٢].

ثانياً: تعريف مفهوم الأداء الحالي:

وفقاً لوجهة نظر Hamady يعرف مفهوم الأداء الحالي بأنه " المخرجات والأهداف التي يسعى النظام إلى تحقيقها "[٣].

ولذا فهو مفهوم يعكس كلاً من الأهداف والوسائل اللازمة لتحقيقها، أي أنه مفهوم يربط بين أوجه النشاط وبين الأهداف التي تسعى هذه الأنشطة إلى تحقيقها داخل المنظمة.

---

[١] أحمد سيد مصطفي، "إدارة الموارد البشرية الإدارة العصرية كراس المال الفكري"، الطبعة الثانية، القاهرة : دار الوفاء، ٢٠٠٤م، ص-٣١٧.

[٢] محمد سعيد أنور سلطان، " السلوك التنظيمي "، الطبعة الثانية، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص-٢١٩.

[٣] H.M.Hamady, Administrative. Reform in Developing Countries with special reference to Egypt and Libya, ph D.A.this is university of strathclyde, Glasgow, 1975, pp215-216.

ثالثاً: تعريف مفهوم الأداء المؤسسي:

عرف خشبة مفهوم الأداء المؤسسي بأنه " هو المنظومة المتكاملة لنتائج أعمال المنظمة في ضوء تفاعلها مع عناصر بيئتها الداخلية والخارجية " [٤].

والأداء المؤسسي بهذا المفهوم يشتمل على أبعاد ثلاثة :

١. أداء الأفراد في إطار وحداتهم التنظيمية المتخصصة.
٢. أداء الوحدات التنظيمية في إطار السياسات العامة للمؤسسة.
٣. أداء المؤسسة في إطار البيئة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وبالرغم من اشتمال مفهوم الأداء المؤسسي على هذه الأبعاد الثلاثة، إلا أنه يختلف عن كل بعد منها لو أخذ منفرداً، فالأداء المؤسسي يختلف عن الأداء الفردي ويختلف عن أداء الوحدات التنظيمية لأنه في الحقيقة محصلة لكليهما، بالإضافة إلى تأثيرات البيئة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية عليها. علماً بأنه يأخذ في اعتباره أداء الفرد وأداء الإدارة على ضوء المؤثرات الداخلية والخارجية معاً ويجنب القائمين على قياسه الوقوع في خطأ السلوكيات تجزيئية التصرف، إذا هم اعتمدوا على الإلمام بالجزئية في القياس دون الاعتبار لبقية الجزئيات المكونة له، ويبنى هذا المفهوم على فلسفات يقوم عليها قياس الأداء المؤسسي.

المبحث الثاني

الفلسفات التي يقوم عليها قياس الأداء المؤسسي

يمكن استعراض أهم الفلسفات التي يقوم عليها الأداء المؤسسي فيما يلي وفقاً لوجهة نظر جودة [٥]:

---

[٤] ناجي محمد فوزي خشبة، " الأداء التنظيمي المتميز "، الطبعة الأولى، القاهرة : المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٠م، ص ٩.

[٥] عبد المحسن عبد المحسن جودة، " الطريق إلي منظمة المستقبل "، الطبعة الأولى، القاهرة : المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٠م، ص-١٢.

١. إن كل مستوى من مستويات الأداء في المؤسسة الحكومية (فرداً كان أم وحدة تنظيمية) هو "جزء" من "كل" وهذا "الكل" "جزء" من "كل" آخر على مستوى أعلى.

٢. إن قياس الأداء القائم على الاهتمام " بالأجزاء " منفردة دون إدراك نقاط التلامس والحركة مع بقية أجزاء " الكل " يفصل الجهاز الحكومي عن المثالية ويقوده إلى سلسلة من التفاعلات التي تؤدي في النهاية إلى التطاحن والهدم وتشتت الجهود.

٣. لو حدث تفوق ما نتيجة للنظرة الجزئية، فهو تفوق مؤقت يؤدي إلى حدة الاختلاف والتدهور على المدى الطويل.

٤. إن إدراك طبيعة " كلية الإدارة " في الأداء المؤسسي، بمعنى ارتباط الجزء ببقية الأجزاء في إطار الكل، هو تصاعد لتكامل الأفكار والسياسات والنظم للوصول إلى المثالية التكاملية وليس القصور التجزيئي.

٥. إن النظرة التكاملية للأداء، لاتعني عدم الاختلاف، بل تعني إدراك وجهة الاختلاف مع الأجزاء بمعنى إن التحدي لايكون بين الأداء الفردي وأداء الوحدات التنظيمية والبيئية الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية، وإنما يكون بين الخطأ والصواب للوصول إلى " التناغم الإداري " الذي يؤدي إلى "جماعة الأداء الإداري " وصولاً إلى " مثالية الإبداع الإداري ".

وإذا كانت الفلسفة الرئيسية وراء قياس الأداء المؤسسي تستهدف قياس النتائج المحققة من تنفيذ أعمال المؤسسة، ومقارنة هذه النتائج بالأهداف المخطط لها من قبل، وذلك للتأكد من كفاءة التنفيذ والوقوف على الصعوبات التي تواجهه، والتوصية بكيفية العمل على إزالتها تفادياً للأخطاء مستقبلاً وإذا كانت تلك الفلسفة تستهدف أيضاً تحديد المسئوليات عما تم تنفيذه فرداً أو إدارة داخلية أو عوامل خارجية، وما نتج عن هذا التنفيذ من انحرافات.

المبحث الثالث

مراحل الأداء المؤسسي

لقد أكد مطاوع في إحدى دراساته بأن قياس الأداء المؤسسي على ضوء هذه الفلسفة التي تم ذكرها يمثل أحد حلقات السلسلة التي تتكون منها العملية الإدارية في المجتمع، وهو بذلك يمثل أحد مراحل هذه العملية التي يتأثر بها من ناحية ويؤثر فيها من ناحية أخرى وصولاً إلى [٦]:

١. محاولة الارتفاع بمستوى الخدمات التي تقدمها الجهات الحكومية للمجتمع عن طريق الحد من الإسراف وتقديم الخدمة للمجتمع بأقل ما يمكن من تكاليف وأعلى كفاية ممكنة.

٢. تحديد المشكلات الإدارية التي توجد في قطاع الخدمة، والتي تؤدي إلى انخفاض الأداء داخل وحدات هذا القطاع، ووضع المقترحات التي من شأنها أن تؤدي إلى الارتفاع بمستوى الأداء.

٣. تحديد مجموعة من المؤشرات والمعايير يمكن الحكم بها على كفاية الأداء داخل أجهزة الخدمة الحكومية، والوصول إلى أسباب عدم كفاية الأداء والعمل على إزالتها بأسلوب علمي سليم.

٤. الوقوف على الأهمية النسبية لكل مؤشر من مؤشرات قياس الأداء والظروف التي يمكن استخدامه فيها، نظراً لاختلاف نوعيات الأداء داخل كل جهاز للخدمة الحكومية.

٥. تقرير جميع العوامل الممكنة داخل كل جهاز من أجهزة الخدمات الحكومية بغرض تحديد مايلي :

أ. إمكانات الجهاز في المستقبل.

ب. درجة الكفاية التي يتم بها استخدام الاعتمادات والموارد المالية.

---

[٦] سعد عبد الحميد مطاوع، " قياس الأداء المؤسسي للأجهزة الحكومية "، الطبعة الأولي، القاهرة : المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٠م، ص ١٣.

ج. الخطوات التي يجب اتخاذها للتخلص من أي ضعف يتم اكتشافه.

د. كيفية المحافظة على منظومة استمرار النجاح في تقديم الخدمات الحكومية للمجتمع بأعلى كفاية ممكنة.

التطبيقات التي يقوم عليها قياس الأداء المؤسسي :

وهكذا تتضح الخطوط العريضة للفلسفة الرئيسية التي يقوم عليها قياس الأداء المؤسسي والتي تتسلسل مع تسلسل العملية من حيث التطبيق على النحو التالي[٧] :

١. تحديد أهداف المؤسسة الحكومية :

حيث إن لكل مؤسسة عدداً من الأهداف تبغي تحقيقها ، فإن التحديد الدقيق لهذه الأهداف يتم عن طريق صياغة الأهداف الاستراتيجية في العديد من الأهداف الرئيسية والفرعية المحددة حسب أوجه النشاط الرئيسية لكل وحدة فرعية في المؤسسة.

٢. تحديد الخطط التفصيلية لعمل المؤسسة :

حيث تقسم الأهداف إلى برامج زمنية يتم تنفيذها خلال فترات زمنية محددة ، وتقسم هذه البرامج إلى أنشطة أو وحدات أداء ، وتعتمد هذه الخطط التفصيلية على الموارد والاعتمادات الحكومية المخصصة لها في الموازنة ، كما أنها تراعي كيفية استخدام هذه الموارد بغرض تحقيق الأهداف المحددة.

٣. تحديد مراكز المسئولية الإدارية:

حيث تمثل مركز المسئولية التي تختص بالقيام بنشاط معين ومحدد تماماً ولها سلطة اتخاذ القرارات الكفيلة بتنفيذ هذا النشاط في حدود الإمكانات والاعتمادات الموضوعة تحت تصرفها وتتدرج هذه المراكز من مستوى الإدارة العليا حتى مستوى الإدارة التنفيذية وما دونها من مستويات إدارية.

٤. تحديد مؤشرات قياس الأداء:

ويمكن تقسيمها إلى أربع مجموعات أساسية هي :

---

[٧] ناجي محمد فوزي خشبة، " الأداء التنظيمي المتميز "، مرجع سبق ذكره، ص ١٤-١٥.

أ. مؤشرات تتعلق بفاعلية تحقيق الأهداف التي تعمل الأجهزة الحكومية على تطويرها، وتتوقف تلك المجموعة من المؤشرات على طبيعة نشاط وأهداف كل وحدة.

ب. مؤشرات تتعلق بكفاءة استخدام الموارد المستخدمة في كل جهاز حكومي، حيث تتضمن هذه المجموعة نسبة التكاليف الإجمالية إلى بعض المخرجات المحددة التي يقدمها الجهاز، ويعبر ذلك بشكل أساسي عن تكلفة الخدمة التي يقدمها هذا الجهاز.

ج. مؤشرات تتعلق بإنتاجية وحدات الجهاز الحكومي ويكون ذلك عن طريق العلاقة النسبية بين مخرجات ومدخلات تلك الوحدات، ويتفق ذلك مع كل من الإنتاجية الإجمالية والإنتاجية الجزئية للعناصر.

د. مؤشرات تتعلق بمستوى جودة الخدمات المؤداة في الأجهزة الحكومية، ويتضمن ذلك تحليلاً للأبعاد الأساسية التي تتكون منها جودة الخدمة بصفة عامة وجودة الخدمات الحكومية بشكل خاص.

المبررات لتبني مفهوم الأداء المؤسسي [٨]:

في مرحلة التخطيط للخدمات الحكومية يغالي كثير من المخططين بدرجة غير واقعية عند وضع الأهداف المطلوب تحقيقها بواسطة وحدات الخدمات، بالإضافة إلى وجود الكثير من الأهداف غير الواضحة (الأهداف الهلامية) التي يختلف تحديد مفاهيمها ومضمونها من فرد إلى آخر حسب وجهة نظر كل منهم، وهي بذلك تكون بعيدة عن أي قياس أو تقييم موضوعي، وتنشأ هذه المشكلة نتيجة عدم الواقعية في تحديد الأهداف من ناحية، أو التسرع وعدم بذل الجهد في تحديدها من ناحية أخرى،أو نتيجة لكليهما معاً من ناحية ثالثة، وتعطينا مفاهيم الأداء المؤسسي العلاج المقبول لهذه المشكلة، وإذا كانت الأهداف الحكومية للوحدات الخدمية في أحيان كثيرة تبدو غير محددة أو غير واضحة، فإنه لا يمكن بالتالي إعطاء توصيف دقيق

[٨] عبد المحسن عبد المحسن جودة، " الطريق إلى منظمة المستقبل"، مرجع سبق ذكره، ص ١٧-١٨.

للأعمال المطلوب القيام بها لإنجاز هذه الأهداف وإذا وجد توصيف لها فإنه ينصب في معظم الأحوال على النواحي الشكلية للعمل دون الارتباط بالمسئوليات والالتزامات والوظائف، ويعطينا قياس الأداء المؤسسي الحل المقبول أيضاً لهذه المشكلة.

وإذا كانت هناك صعوبات تكتنف عملية فصل منجزات الكثير من الخدمات الحكومية لكونها متشابكة ومتقاطعة، بطريقة تسهل إخضاعها للقياس النوعي، كما هو الحال في وحدات قطاع الأعمال حيث يسهل قياس الناتج كمياً، فإن مفاهيم قياس الأداء المؤسسي تعطينا أيضاً الوسائل الممكنة لتلافي هذا التشابك.

وأخيراً، فإنه إذا كانت هناك صعوبة في تحديد وحدات قياس الأداء في وحدات الجهاز الحكومي التي تضطلع بمسئولية أداء الخدمات، فإن تبني مفهوم قياس الأداء المؤسسي أيضاً يعطينا وحدات قياس ممكنة لا تتعرض لمشكلات وحدات قياس الأداء الحكومي بصفة عامة.

إن الدقة في وضع وتحديد مؤشرات قياس الأداء المؤسسي تعتبر إحدى الركائز الأساسية التي يعتمد عليها في نجاح عمليات القياس، وعملية تحديد مؤشرات القياس داخل الوحدات الحكومية ليست من العمليات التي تترك للآراء الشخصية أو للتحليل غير القائم على أسس علمية سليمة ولهذا فهي ليست عملية سهلة ومضمونة، وينبغي أن تليها عملية متابعة ورقابة مستمرة، ويسبقها وضع مجموعة الأسس اللازمة لاختيار المؤشرات حيث إن وضعها يساعد في الحد من الإسراف في الإنفاق العام، ويمكن عن طريقها التوصل إلى الانحرافات التي قد تحدث أثناء التنفيذ والقيام بدراستها ومعرفة أسبابها والعمل على علاجها بقرارات من المسئولين في هذا الجهاز.

المبحث الرابع

مؤشرات قياس الأداء المؤسسي

إن مؤشرات قياس الأداء تعمل دائماً على معالجة جوانب القصور الإدارية، وتهتم بالأساليب الفنية لتحديد الوقت اللازم كعامل إيجابي لمستوى الأداء، وغيرها من الأمور الفنية، وكما أن هذه المؤشرات تغطي المجالات المختلفة التي يمكن الحصول عليها من

خلال جميع البيانات والحقائق بمختلف الطرق بالإضافة إلى الخصائص المميزة لمؤشرات الأداء، وسوف نطرق تلك المؤشرات الخاصة بالأداء بشيء من الإيجاز والإيضاح.

١. جوانب القصور التي تعالجها مؤشرات قياس الأداء المؤسسي[٩] :

تهتم المؤشرات الحالية لقياس الأداء بقياس العمل عن طريق تطبيق الأساليب الفنية لتحديد الوقت اللازم لعامل مؤهل لينجز وظيفة محددة بمستوى أداء معين، وقياس العمل على ضوء هذه المؤشرات يمكن من قياس الوقت المستنفذ في القيام بعملية أو مجموعة من عمليات بطريقة يتضح منها مقدار الوقت الضائع لفصله عن الوقت الفعال، كما يستخدم القياس في تحديد أوقات نمطية لتنفيذ العمل، فإذا ظهر من القياس وقت زائد عن الوقت النمطي فإنه يصبح وقتاً ضائعاً الأمر الذي يلفت نظر الإدارة، مع مراعاة تجنب الوقت الضائع بسبب الإدارة ذاتها قبل وضع معدلات أداء للعمل.

وتختلف طرق قياس العمل التي يقع عليها الاختيار باختلاف طبيعة النشاط الذي سوف يتم قياسه وقد ذكرنا فيما تقدم أن الأنشطة الحكومية كثيرة ومتعددة، فمنها أنشطة فنية تخصصية، ومنها أنشطة إدارية وأخرى مالية، ومن ناحية أخرى فإن من هذه الأنشطة ما يمكن قياسه بوحدات كمية، ومنها ما يتعذر أو يصعب قياسه، لأن طبيعتها لا تساعد على ذلك، من هنا لا تكفي مؤشرات الأداء الحالية لعمليات القياس، وتعد مؤشرات الأداء المؤسسي هي الوسيلة الأقرب لعلاج هذا القصور كما سيتضح عند استعراضها، وتهتم المؤشرات الحالية أيضاً بدراسة الوقت كأسلوب فني لقياس العمل يقوم على تسجيل أوقات العمل لعناصر وظيفة معينة يتم تنفيذها تحت ظروف عادية بغرض تحديد الوقت المعياري اللازم لتنفيذ الوظيفة بمستوى أداء مرتفع.

ويتطلب تطبيق هذه الطريقة معرفة كل المعلومات عن الوظيفة التي تتم دراستها والموظفين القائمين بالعمل، وأيضاً الظروف المحيطة التي يحتمل أن تؤثر في تنفيذ العمل، وبعد ذلك يتم تقسيم الوظيفة إلى عناصرها الأساسية المحددة، وتحديد الأسلوب الأكثر فعالية لأداء العمل، وبعد بداية العمل يتم تسجيل الوقت الذي يستغرقه

---

[٩] سعد عبد الحميد مطاوع، " قياس الأداء المؤسسي للأجهزة الحكومية "، مرجع سبق ذكره، ص.٣١- ٤٣.

الموظف في تنفيذ العمل المكلف به وبعد ذلك يتم تحليل البيانات لمعرفة الوقت الأساسي اللازم لتنفيذ كل عنصر من عناصر العملية، إضافة إلى المسموحات الضرورية للوصول في النهاية إلى الوقت المعياري اللازم لأداء كل عنصر من عناصر العمل داخل الوظيفة التي تمت دراستها، وحتى تؤدي هذه الدراسة الغرض منها فإنها تتطلب استخدام العامل ذي المؤهل المناسب، حيث إن كل العاملين لا يتمتعون بنفس القدرات المطلوبة لأداء العمل، وقد تمر فترة طويلة من الزمن حتى يصبح العامل مؤهلاً وماهراً في أداء العمل، لذا فإن هذه الملحوظة تقلل من كفاءة هذه الطريقة في القياس، الأمر الذي تعالجه مؤشرات قياس الأداء المؤسسي، ومن ثم تعد هذه المؤشرات هي الوسيلة الأقرب لعلاج هذا القصور، ويجب أيضاً اختيار العامل الممثل للمجموعة، وهذا العامل هو الذي يمثل أداؤه ومهارته متوسط المجموعة المعنية، بحيث يكون ممثلاً لمستوى الأداء العادي.

والفائدة الأساسية من قياس العمل هي وضع أوقات نمطية لأداء النشاط أو الوظيفة، ويُراعى في تحديد هذه الأوقات ألا تكون عالية بحيث لا يستطيع تحقيقها إلا عدد قليل من العاملين، وألا تكون منخفضة بحيث لا تكون دفعاً لرفع الكفاية في الأداء، وتهتم المؤشرات الحالية أيضاً بأسلوب العينات، وهو أسلوب إحصائي لقياس العمل الذي يقوم على رصد عدد كبير من التسجيلات اللحظية للعاملين موضوع الدراسة في فترات زمنية محددة بحيث تمثل كل هذه التسجيلات ما قد يحدث تماماً في تلك اللحظة، وتفيد هذه الطريقة في قياس الأعمال الإدارية، وتقوم هذه الطريقة على أخذ العينات على أساس قوانين الاحتمالات، فالعينات التي تؤخذ في مجتمع ما بطريقة عشوائية يكون لها نفس خواص ومميزات هذا المجتمع بدرجة دقة معينة.

وفيما يلي أسس تحديد مؤشرات قياس الأداء المؤسسي[١٠]:

أ. تحليل الأداء:

إن الهدف الرئيس من قياس العمل هو تمكين المسئول من قياس وتقييم كفاية الأداء به، وذلك بالاستناد إلى معيار مقبول للكفاية مع الأخذ في الاعتبار طريقة الأداء

---

[١٠] عبد المحسن عبد المحسن جودة، " الطريق إلى منظمة المستقبل"، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠-٢٣.

والبنـاء التنظيمـي، إن تحليـل الأداء أحـد الأسـس الـتي علـى أساسـها يوضـع مقيـاس الكفاية، ويبدأ التحليل بـربط حجم العمل المنجـز في كـل نشـاط أو مشـروع بالوقت الذي يستنفذه الموظفون في أداء العمل.

علمـاً بـأن تحليـل الأداء الـذي يـربط حجـم العمـل المـؤدى بالوقـت الـذي يسـتنفذه الموظفون هو أنسب ما يكون لتقييم الأداء بالأنشطة المدرجة تحت البرامج الجارية نظراً لأن المرتبات والأجور تمثل نسبة كبيرة من جملة تكاليف البرامج الجارية، أما بالنسبة للبرامج الاستثمارية التي تشمل الإنشاءات أو المشروعات الرأسمالية فإن تحليل الأداء بها يحتـاج إلى بيانـات عـن التكلفـة، حتـى تتـوافر لـدى القـائم بالتحليـل بيانـات عـن المـوارد الفعلية المستخدمة في المشروع وعدد الوحدات المنجزة وتكلفة الوحدة وكفاية الأداء في هذا النوع من النشاط يمكن قياسها بمقارنـة التكلفـة الفعليـة لوحـدة الإنجـاز بتكلفـة الوحدة المعيارية بمعنى " المحددة معيارياً على أساس الطرق المعدة للعمل ".

ب. اختيار الطريقة المناسبة لقياس العمل :

إن اختيار الطريقة المناسبة لقيـاس العمـل تختلـف بـاختلاف طبيعـة النشـاط الـذي سـيتم قياسـه وتتعـدد الطـرق الـتي يـتم بهـا قيـاس العمـل، حيـث هنـاك طريقـة الوقـت وطريقـة العينات، وأخيراً طريقة الأداء إلا أن الطريقة الـتي يـتم اختيارهـا للقيـاس يجـب أن تـؤدي إلى:

- قياس وتحديد الوقت المعياري اللازم لإنجاز النشاط.
- قياس ومعايرة تكاليف النشاط.
- المساعدة في اختيار طريقة سهلة للإنجاز ورفع الكفاية.
- اختيار وحدة القياس المناسبة للنشاط أو المساعدة في ذلك.

وبالنسبة للأعمال الحكومية التي يمكـن قياسها يتم اختيار الطرق الكميـة للقيـاس، والتي تعتمـد علـى القيـاس في شـكل وحـدات كميـة مثـل طريقـة الوقـت أو العينـات أمـا بالنسبة للأعمال التي يتعذر قياسها في شكل وحدات كمية فيمكـن تحديد طبيعتها، واسـتخدام طريقـة دراسـة الأداء، أو يمكـن اسـتخدام الأرقـام القياسـية عـن طريـق

استخدام إحصاءات وبيانات سابقة إن وجدت، والخاصة بأداء الموظفين، ثم استخراج رقم قياسي عن الأداء يستخدم في القياس وتقدير الكفاية.

ج. تحديد وحدة الأداء التي على أساسها يتم قياس العمل:

إن النشاط المخطط له يمثل مستوى العمل الذي عنده يجب قياس العمل، وعلى ذلك فالنشاط هو نقطة البداية عند القياس وتقييم كفاية الأداء في الوحدات الحكومية وحتى يمكن قياس وتقييم الأنشطة التي تتضمنها الخطة، سواء التي يمكن قياسها أو التي يتعذر قياسها، يجب اختيار وحدة قياس مناسبة لقياس كل نشاط وارد بالخطة، واختيار وحدة الأداء بكل نشاط تعتبر خطوة مهمة في نظام قياس العمل ووضع مؤشرات الأداء، وسلامة الاختيار تتطلب جهود كبيرة في جمع وتبويب البيانات ثم التحليل والمقارنة والخبرة المكتسبة لدى المنوط بهم القياس هي التي تمدهم وترشدهم إلى الاختبار السليم، ووحدة الأداء أو وحدة القياس التي تختار لكل نشاط يجب أن تكون الوحدة التي تقيس ناتج العمل، أكثر من الوحدة التي يقاس بها حجم العمل أو الوحدة التي يقاس بها إنجاز العمل. إذن فإن:

١/ وحدات حجم العمل :

وهي التي ترتبط بالإجراءات الداخلية التي تتخذها المؤسسة الحكومية لضمان الحصول على نتائج طيبة مستهدفة ومرغوبة.

٢/ وحدات نتائج العمل :

وهي تتعلق بالإجراءات التامة التي تتخذها المؤسسة، والتي من شأنها التأثير في الحصول على أغراض مرغوب فيها.

٣/ وحدات إنجاز العمل:

وهي ترتبط بأهداف برنامج المؤسسة التي هي ضمن الأهداف التي قررتها السياسة العامة.

د. إمكانية تحديد وحدات قياس نمطية لجميع الأنشطة الحكومية:

تتصف الأعمال التي تباشرها الأجهزة التنفيذية بالحكومة بصفات قد تكون متشابهة في بعض البرامج والأنشطة، وقد تكون مختلفة في البعض الأخر، ولا يظهر هذا التشابه أو الاختلاف إلا على ضوء تبويب هذه الأعمال إلى مجموعات تظهر على الوجه التالي :

- مجموعة الأعمال الفنية التخصصية.
- مجموع الأعمال المالية.
- مجموعة الأعمال الإدارية.

ونظراً لتعدد نوعيات الأنشطة الحكومية يمكن تحديد نوعيات كثيرة ومختلفة من وحدات قياس العمل إلا أنه يجب اختيار المناسب منها لكل نشاط على حدة واستناداً إلى التنوع والتخصصات والأجهزة الفنية فإنه من الصعب بل من المتعذر إعداد وحدات قياس نمطية لجميع التخصصات الحكومية والأجهزة الفنية، حيث إن كل وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة حكومية تنفرد بوحدات أداء معينة تقيس بها العائد النهائي لأعمالها، وبالنظر إلى تقسيمات مجموعات الأعمال يتبين أن هناك اختصاصات متماثلة في جميع الوحدات الحكومية من حيث نوع العمل وطبيعته وأسلوب أدائه، وهذه الاختصاصات تمثلها الأعمال المالية والإدارية، الأمر الذي يسهل من تحديد وحدات قياس موحدة بالنسبة لكل الوحدات الحكومية في هذه التخصصات.

٢. الخصائص المميزة لمؤشرات الأداء المؤسسي :

إن الهدف الرئيس من وضع مؤشرات قياس الأداء المؤسسي للوحدات الحكومية هو تقدير كفاءة هذه الوحدات في تقديم الخدمات العامة للمجتمع، ويتم هذا القياس عن طريق معايير ومؤشرات مقبولة، ووضع وتحديد هذه المؤشرات يستلزم التعرف على الخصائص المميزة لهذه المؤشرات.

ويمكن القول: أن تحليل العمل الحكومي الخاضع للقياس يعتبر أول خطوة نحو تصور الخصائص التي ينبغي أن تميز مؤشراته، ومن ثم تحددها، باعتبار أن التحليل وسيلة

لإيجاد وتحديد العلاقة المنتظمة بين حجم العمل المؤدى وساعات العمل التي ينجز فيها العاملون ذلك الحجم من العمل وعلاوة على ذلك فإن تحليل العمل يمكن من الوصول إلى تقسيم الأعمال إلى عناصرها المحددة مما يؤدي إلى إمكانية قياسها، سواء بتحديد الزمن الذي يستغرقه أداؤها، أو تحديد نوعيتها، وذلك بالنسبة للأعمال أو العناصر التي يتعذر قياسها في شكل وحدات كمية.

وهكذا فإنه يمكن تصور أهم الخصائص المميزة لمؤشرات الأداء المؤسسي فيما يلي [11]:

أ. تهتم المؤشرات بدراسة الطرق المختلفة التي يمكن أن تؤدي بها الوحدات الحكومية أعمالها وصولاً لاختيار أفضل هذه الطرق والتوجيه باتباعها لتبسيط العمل.

ب. تهتم المؤشرات بتقسيم العمل أو النشاط إلى عناصره المختلفة، أو إلى خطوات متتالية توضح المراحل التي يمر بها التنفيذ وذلك لاختصار وإلغاء العمليات غير الضرورية.

ج. تهتم المؤشرات بإمكانية دراسة ظروف العمل وأثرها على الوقت والتكلفة وعلى جهود العاملين.

د. تهتم المؤشرات بإمكانية وضع معدل أداء العاملين بالنسبة لكل عنصر أو كل خطوة من خطوات التنفيذ، وتتم هذه الدراسة بالملاحظة أو التسجيل ثم تجميع البيانات وتبويبها والعمل على تحليلها.

هـ. تهتم المؤشرات بإمكانية إيجاد متوسط معدل الأداء بالنسبة لكل عنصر عمل على حدة وتنفيذ هذه الدراسة أكثر بالنسبة للأعمال التي من غير الممكن قياسها بوحدات كمية، حيث إن التحليل يؤدي إلى تقسيم العمل إلى جزئياته، ويساعد ذلك في معرفة كيفية أداء الجزاء وتحديد كيفية قياسه.

---

[11] سعد عبد الحميد مطاوع، " قياس الأداء المؤسسي للأجهزة الحكومية "، ص ٤٤-٤٥.

و. تهتم المؤشرات في نهاية الأمر بلفت نظر المسئولين إلى تطوير الهيكل التنظيمي الحكومي في كل وحدة إدارية لكي يتمشى مع أسلوب البرامج والأداء.

وهكذا يرى الباحث أن مؤشرات الأداء المؤسسي تهتم بتحليل الأنشطة الحكومية إلى عناصرها وخطواتها ومراحلها المتتالية التي هي الركيزة الأساسية لتحليل العمل الحكومي بعد معرفة نوعياته المختلفة، ويتم ذلك حتى يمكن دراسة كل جزء من أجزاء النشاط على حدة ومعرفة كيفية تنفيذه وطريقة أدائه.

٣. المجالات التي تغطيها مؤشرات قياس الأداء المؤسسي :

تتضمن هذه المجالات أنواعاً مختلفة يمكن الوصول إليها عن طريق جمع البيانات والحقائق عنها بمختلف الطرق والوسائل، إلا أن طريقة جمع البيانات تتوقف على نوعية المجال، وإذا نظرنا إلى الأنشطة الحكومية من زوايا مختلفة نجد أنها تتعدد وتتنوع، ويمكن وضعها في مجموعات كما يلي[١٢]:

أ. أنشطة يمكن قياس العمل بها وأخرى يتعذر قياسها : أما بخصوص الأنشطة التي يمكن قياس العمل بها، هي تلك الأنشطة التي تكون وحدات العمل بها متماثلة في جميع الأوقات والوحدات التنظيمية المتشابهة مثل مصلحة الجوازات والسجل المدني، أما الأنشطة التي يتعذر قياس العمل بها فهي تلك التي لا يمكن تحديد وحدة مناسبة يعتمد عليها في قياس العمل بها.

ب. أنشطة حكومية رئيسية وأخرى مساعدة : علماً بأن الأنشطة الرئيسية قد يطلق عليها بالأنشطة التخصصية أو الفنية مثل الوزارات، أما بخصوص الأنشطة المساعدة فهي التي تقوم بمعاونة الأجهزة الحكومية الرئيسية بكل مهامها الموكولة إليها بأكمل وجه، وتتجمع الأنشطة المساعدة في الجهازين التاليين وهما:

- الجهاز القائم بالشئون المالية.
- الجهاز القائم بالشئون الإدارية.

---

[١٢] سعد عبد الحميد مطاوع، " قياس الأداء المؤسسي للأجهزة الحكومية "، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤-٤٥.

ج. <u>أنشطة حكومية محددة وأخرى غير محددة :</u> فهنا يقصد بالأنشطة المحددة هي تلك الأنشطة التي تحدد فيها الاختصاصات تحديداً واضحاً قاطعاً، بحيث يمكن مساءلة الموظف الذي كلف بالعمل وإمكانية قياس هذا العمل، أما بخصوص الأنشطة غير المحددة هي التي لا يمكن تحدد اختصاصاته تحديداً واضحاً ولذلك لا يمكن قياسها.

د. <u>أنشطة حكومية ثابتة وأخرى متذبذبة :</u> إن الأنشطة الحكومية الثابتة، هي التي لا تتغير ولا تزيد مع مرور الوقت، أما بشأن الأنشطة المتذبذبة، هي التي تتغير بصورة مستمرة وتزيد في إجراءاته بصورة متواصلة.

يؤكد الباحث، أن قياس مؤشرات الأداء يفيد المؤسسات في :

١. توفير قاعدة معلومات تدعم تبني الإدارة لمنهجية مبادرة في العمل بدل الاعتماد على أسلوب رد الفعل تجاه ما يحدث من خلل في النظام.
٢. تمكين الإدارة العليا من الاستجابات الفورية والسريعة تجاه الأداء في المؤسسة.
٣. ضمان تتبع ورصد أثر القرارات التي تتخذها الإدارة.
٤. تبيان نقاط القوة والضعف في الأقسام والفروع والإدارات المختلفة وتحديد مدى الحاجة لاتخاذ إجراءات تصحيحية لتحسين الإنتاجية أو الخدمات وتطوير إجراءات العمل.
٥. المساعدة في تطبيق منهجية إدارة الجودة الشاملة كطريقة تضمن جودة وكفاءة الأداء في المنظمة.
٦. تسهيل عملية التميز، داخلياً لمقارنة الأداء في محطات مختلفة من النظام وخارجياً لمقارنة المؤسسة بغيرها من المؤسسات ومن ثم تطوير الأداء.
٧. توفير أساس متين للتدقيق الفني والتنبؤ بنتائج أية توصيات قدمت بفعل التدقيق.
٨. توفير أسس للمقارنة مع مؤسسات أخرى شبيهة.
٩. دعم عملية رسم السياسات على مستوى المؤسسة وعلى المستوى الوطني أيضاً.
١٠. توفير أسس حماية المستهلك في المؤسسات الاحتكارية ورصد شكاوى الجمهور.

كما نعلم بأن (K.B) (كي بي) هو اختصار باللغة الإنجليزية لمفهوم مفتاح مؤشرات الأداء وهي مقياس كمي تستخدمه المنظمة لقياس الأداء وفي ضوء تحقيق عوامل النجاح الحرجة إذن عامل النجاح الحرج، هو أحد سمات البيئة الداخلية أو الخارجية للمنظمة التي لديها تأثير كبير لتحقيق أهداف التنظيم.

يرى لروكرت أن هناك أربعة أنواع أساسية من عوامل النجاح الحرجة :

ـ الصناعة ـ الاستراتيجية ـ البيئة ـ الوقت.

كما يمكن حساب عوامل النجاح الحرجة ومفاتيح مؤشرات الأداء بالمعادلة التالية:-

عوامل النجاح الحرج + مفاتيح مؤشرات الأداء + الهدف = الغرض

وبذلك يلاحظ الباحث بأن للأداء روح تنحصر في أدبيات العمل وتنفيذ تلك الأدبيات بدقة متناهية وإيمان.

المبحث الخامس

روح الأداء

يتبين لدى الباحث من خلال مفردات الأداء ومدلولاتها ومؤشراتها ومراحلها ومتطلباتها ومبرراتها، أن لهذا الأداء نمطاً إيجابياً يقوم بفعالية لتحويل العاملين العاديين إلى أفراد عاملين يؤدون أعمال بناءة بطريقة أفضل تخدم مصلحة المنظمة، ولم تتوقع تلك المنظمة أو المنظمات تلك الأعمال التي تم تأديتها من قبل هؤلاء العاملين العاديين، ولكن إصرار هؤلاء العاملين لإتقان تلك الأعمال وإنجازها نابع من إيمانهم بأن للعمل أدبيات يجب احترامها وإتقانها مع خلق التجانس البناء بين أنفسهم كأفراد عاملين بالمنظمة والمنظمة نفسها.

ويتضح من ذلك، عندما تقوم أي منظمة بتمكين رجال عاديين بالقيام بأعمال غير عادية، يتميزون بكفاءة عالية لا نظير لها، وذلك عن طريق تطويرهم وصقلهم وتدريبهم من خلال الدورات وحضور المؤتمرات والندوات إن الاختبار الحقيقي للمنظمة، هو روح الأداء، إن روح الأداء تتطلب أن يكون هناك مجال كامل للتفوق الفردي، ويجب التركيز على قوة الرجل وعلى ما يمكن القيام به، وليس على ما لا يمكنه القيام به.

إن التشجيع والحوافز والنصائح والإرشادات نابعة من إطار رفع المعنويات، وهذا ما يؤكد بأن المعنويات في المنظمة لا تعني مجرد تفاهم الأفراد مع بعضهم فالاختبار هنا هو الأداء وليس التوافق والتكيف، علماً بأن العلاقات الإنسانية التي لا تنبني على الرضا عن الأداء في العمل، هي في الحقيقة علاقات ضعيفة تنتمي إلى روح معنوية ضعيفة لا معنى لها.

إن روح الأداء في المنظمة البشرية تعني أن تكون طاقتها الناتجة عنها أكبر من مجموع المجهودات المبذولة فيها، إذ إن هذا يعني خلقاً للطاقة، وهذا لا يمكن تحقيقه بالوسائل الميكانيكية لأن أي وسيلة ميكانيكية يمكنها نظرياً الحفاظ على الطاقة ولكنها لا تستطيع خلقها، فلكي تنتج المنظمة أكثر مما يبذل فيها من جهد يجب أن يكون هناك جواً من التشجيعات وتزويدهم بالمعنويات الراقية البناءة النابعة من الصميم لتوضح للأفراد المواعظ وتقدم لهم النصيحة للرفع من مستوياتهم والرقي بتلك المستويات المؤدية إلى أداء بناء يعود بذلك الرقي بمستوى المنظمة.

لذلك يجب أن تكون هناك ممارسات " أنشطة" على وجه التحديد على هذا السياق الآتي[١٣] :

١. يجب أن تركز المنظمة على الأداء، إن أول مطلب لروح المنظمة هو مستويات الأداء العالية للمجموعة وللفرد أيضاً، على المنظمة أن تغرس في نفس عامليها حب الإنجاز، إلا أن الأداء لا يعني النجاح في كل مرة، إذ إن النجاح يؤخذ دائما بالمتوسط، فلا بد أن يكون هناك مجال للأخطاء أو الفشل، إن الأداء لا يسمح بالرضا التام عن الذات أو بالمستويات الهابطة.

ووفقاً لتطبيق أسلوب الإدارة بالأهداف الذي يعتبر هذا الأسلوب مدخلاً من مداخل تقييم الأداء، فإن هذا الأسلوب يرتكز على المطالب الهادفة والمهمة، بذلك يتطلب من المنظمة فهم مدلولية إطار الأداء فهماً تاماً، لأن الأداء هو القدرة على

---

[١٣] دراكر، " الإدارة "، : ترجمة محمد عبد الكريم، الطبعة الأولي، القاهرة : الدار الدولية للنشر والتوزيع، ١٩٩٥م، ص ٩٧ — ١٠٧.

تقويم النتائج على فترات زمنية متلاحقة، وهذا ما يتطلب من المنظمة عند تقييم أدائهم ومعرفة مستوياتهم أن تقوم بوضع الشخص المناسب في المكان المناسب لخدمة المنظمة وأهدافها.

٢. يجب أن تركز المنظمة على الفرص المتاحة بدلاً من أن تركز على المشكلات، إن المنظمة التي تركز على وتهتم بالفرص المتاحة في الوقت المناسب ستكون على درجة عالية من روح الأداء، لأن أداء أفرادها نابع من إيمانهم بأدبيات العمل، ولذلك أرادوا أن يحترموا المنظمة من خلال احترام المنظمة لقوانينها ضامناً لحقوقهم مع خلق المحبة والتجانس بين أفراد المنظمة والمنظمة.

ومن هنا سيكون لدى العاملين الشعور الدائم بالرضا لإنجاز أعمالهم بصورة صحيحة وبناءة تخدم منظمتهم، ويسعون بأعمالهم التي يقدمونها بالرقي بمستوى منظمتهم والوصول بها إلى مستويات المنظمات الكبرى، فإن خلق روح الأداء بين الأفراد داخل المنظمة يقود هذه المنظمة بتحويل هذه الفرص المتاحة إلى نتائج بناءة تخدم المنظمة.

٣. يجب أن تكون القرارات التي لها أثر على العاملين، مثل تعيينهم ومرتباتهم وترقياتهم وخفض درجاتهم وفصلهم معبرة عن قيم ومعتقدات المنظمة، فهي تعتبر أجهزة التحكم الحقيقة لأي منظمة.

إن لتلك القرارات أثراً بناءً وإيجابياً على نفوس العاملين بالمنظمة من حيث التعيين والترقية وتحسين أجورهم والارتقاء إلى مستويات عالية، لأن أفراد المنظمة قاموا بأعمال ومجهودات أكبر من مجهودهم الطبيعي لذلك قامت المنظمة بإعطائهم مكافآت لرفع روحهم المعنوية وإشعارهم بأنهم ناس جادون في أداء إعمالهم بصورة مميزة وسريعة بأقل تكلفة وبإتقانية عالية، وهذا ما خلق رضا بين أفراد المنظمة والمنظمة، لذلك يجب على المنظمة تدوين وتسجيل الملاحظات على أفرادها في سجلات خاصة ترجع إليها من أجل تقييم أفرادها وإعطاء كل ذي حق حقه، لذلك يجب الاهتمام بتلك السجلات حتى تتمكن المنظمة من إصدار القرارات البناءة

بشأن عامليها، لأن آراء مديري تلك المنظمة المدونة في تلك السجلات على أفرادها نابعة من الأداء لكل فرد من أفراد المنظمة.

٤. يجب أن تبرز الإدارة في القرارات الخاصة بالناس العاملين في إطارها، بأنها متأكدة من أن النزاهة هي مطلب يتحتم وجوده لدى المدير، وهي الصفة الوحيدة التي يجب أن يجلبها معه ولا يمكن أن تتوقع الإدارة أنه سيكتسبها فيما بعد، كما على الإدارة إثبات أنها تفرض على نفسها النزاهة أيضاً. إن نزاهة القرارات المتخذة تعطي للمنظمة المكانة والسمعة الحسنة بذلك يجب أن تكون القرارات مناسبة وفعالة ولها أثر طيب على نفوس العاملين مما يعود على المنظمة بالخير والرقي والاستمرارية. إن إنصاف العاملين وإعطائهم حقوقهم من خلال تقييمهم الأدائي خلال عام كامل ومراجعة ذلك التقييم والجلوس مع العاملين كلاً على حدة مع توضيح أعمالهم البناءة وأخطائهم وسلبياتهم من خلال المقابلة بعد تدوين وإبداء رأي المدير في نموذج الاستقصاءات الحقيقية يرتضيها الجميع، فيجب أعطاء كل ذي حق حقه بأمانة وإنصاف.

المقارنة بين قياس الأداء المؤسسي والقياس التقليدي للأداء :

جدول رقم (١):

أوجه المقارنة بين قياس الأداء المؤسسي والقياس التقليدي " الحالي" للأداء

الرقم	البيان	الأداء الفردي	أداء الوحدات التنظيمية	الأداء المؤسسي
١.	معنى المصطلح	الأعمال التي يمارسها الفرد للقيام بمسئولياته التي يضطلع بتنفيذها في الوحدة التنظيمية وصولاً لتحقيق الأهداف التي وضعت له، والتي تسهم بدورها في تحقيق أهداف الوحدة التنظيمية	الأعمال التي تمارسها الوحدة التنظيمية للقيام بدورها الذي تضطلع بتنفيذه في المؤسسة وصولاً لتحقيق الأهداف التي وضعت لها على ضوء الأهداف الاستراتيجية للمؤسسة وسياساتها العامة.	المنظومة المتكاملة النتائج أعمال المنظمة في ضوء تفاعلها مع عناصر بيئتها الداخلية والخارجية.

٢.	من يقوم بتقييمه	الرئيس المباشر	الإدارة العليا. أجهزة الرقابة الداخلية	أجهزة الرقابة المركزية أجهزة السلطة التشريعية الوزارات المعنية أجهزة الرقابة الشعبية
٣.	موضوعات القياس	الوقت المستنفذ التكلفة الجودة	الفعالية الاقتصادية الفعالية الإدارية	الفعالية البيئية الفعالية السياسية
٤.	مؤشرات القياس	الوقت المعياري التكلفة المعيارية الأهداف المعيارية	درجة تقسيم العمل درجة المركزية درجة التخصص درجة الآلية أنظمة الجزاء وتدرجها فعالية الاتصالات نظم إنتاج المخرجات	درجة القبول الاجتماعي لقرارات المنظمة. درجة الاستقلالية في عمل المنظمة. مدى توافر أيديولوجية محددة للعمل. مدى التمثيل الاجتماعي في المنظمة.

المصدر: عبد العزيز جميل مخيمر وآخرون، " قياس الأداء المؤسسي"، الطبعة الأولى، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٠م، ص-١٦.

المبحث السادس

مفهوم تقييم الأداء

أولاً: مفهوم تقييم الأداء :

ينظر بعض الباحثين إلى عملية تقييم الأداء على أنها عملية لاحقة لعملية اتخاذ القرارات، الغرض منها فحص المركز المالي والاقتصادي للمنظمة في تاريخ معين، وذلك كما في استخدام أسلوب التحليل المالي والمراجعة الإدارية.

بل إن بعض الباحثين الذين استخدموا أسلوب الأهداف والمؤشرات في تقييم الأداء وعلى رأسهم الدكتورة عايدة خطاب اعتبروا " أن عملية التقييم ترتبط بنهاية السنة

المالية، وليست عملية حركية ومستمرة، ومصاحبة لتدفق الأنشطة مما يؤدي إلى اعتبار أن الهدف من تقييم الأداء يقترب أيضاً من الهدف الخاص باستخدام أسلوب التحليل المالي والمراجعة الإدارية "[١٤].

يرى أحمد موسى، بأنه يجب أن " يعبر تقييم الأداء عن تقييم نشاط الوحدة الاقتصادية في ضوء ما توصلت إليه من نتائج في نهاية فترة مالية معينة وهي سنة مالية في العادة، بحثاً عن العوامل المؤثرة في النتائج في تشخيص ما تبين من صعوبات في التنفيذ وتحديد المسئوليات وتفادي أسباب الأخطاء مستقبلاً"[١٥].

ويرى أيضاً أحمد موسى أن المقصود من تقييم الأداء ما يلي [١٦]:

١. تحديد إلى أي مدى استطاعت الإدارة تحقيق المهام المحددة لها.
٢. معرفة أسباب الانحرافات عن مقاييس الأداء المحددة.
٣. اقتراح أساليب معالجة النواحي الخارجة عن نطاق تحكم الإدارة.
٤. وضع الحوافز لتحسين الأداء.
٥. وضع أسس للمقارنة بين مختلف الأنشطة في الوحدة الاقتصادية.

وينظر بعض الباحثين إلى عملية الأداء، على أنها جزء من عملية الرقابة وقد عبر عن هذا الاتجاه الدكتور علي السلمي على النحو التالي[١٧] :

---

[١٤] عايدة سيد خطاب، " تقييم كفاءة الأداء بقطاع الخدمات " : دراسة ميدانية في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية، رسالة دكتوراه، كلية التجارة، جامعة عين شمس، ١٩٧٩م، ص-٧٢.

[١٥] أحمد مرسي، دراسة تحليلية، " لمؤشرات الأداء على مستوى الوحدة الاقتصادية بقطاع الصناعة مع التطبيق علي إحدى شركات القطاع العام في الجمهورية العربية المتحدة "، رسالة دكتوراه، كلية التجارة، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م، ص-٢٣.

[١٦] أحمد مرسي، دراسة تحليلية، " لمؤشرات الأداء على مستوى الوحدة الاقتصادية بقطاع الصناعة مع التطبيق على إحدى شركات القطاع العام في الجمهورية العربية المتحدة"، مرجع سبق ذكره، ص- ٢٣.

[١٧] علي السلمي، " تقييم الأداء في إطار نظام متكامل للمعلومات "، مجلة الإدارة، المجلد التاسع، العدد الأول، يوليو ١٩٧٦م، ص.٤١-٤٢.

" الرقابة هي عملية توجيه الأنشطة داخل التنظيم لكي تصل إلى هدف محدد ، وأن تقييم الأداء هو استقراء دلالات ومؤشرات المعلومات الرقابية لكي يتم اتخاذ قرارات جديدة لتصحيح مسارات الأنشطة في حالة انحرافها ، أو لتأكيد مساراتها الفعلية إذا كانت تتجه فعلاً إلى الإنجازات المرغوبة " أي أن العملية الرقابية الشاملة بما فيها تقييم الأداء تختص أساساً بوظيفتين:

- محاولة دفع الأنشطة في الاتجاهات المحققة للأهداف ومنعها من الانحراف.
- تصحيح مسارات الأنشطة وهذا هو تقييم الأداء.

إذن تقييم الأداء، هو عملية اتخاذ قرارات بناءه على معلومات رقابية لإعادة توجيه مسارات الأنشطة بالمشروع بما يحقق الأهداف المحددة من قبل.

مما سبق يمكن القول وكما يؤكد الباحث، أنه لا يوجد اتفاق بين معظم الكتاب والمتخصصين في هذا العلم حول مفهوم محدد لتقييم الأداء، فكل مفهوم يرتبط بالغرض منه ولأغراض هذه الدراسة يمكننا أن نستخلص التعريف التالي من مجموع المفاهيم السابقة.

" تقييم الأداء، هو قياس الأداء الفعلي (ما أُدي من عمل) ومقارنة النتائج المحققة بالنتائج المطلوب تحقيقها أو الممكن الوصول إليها حتى تتكون صورة حية لما يحدث ولم يحدث فعلاً ومدى النجاح في تحقيق الأهداف وتنفيذ الخطط الموضوعة بما يكفل اتخاذ الإجراءات الملائمة لتحسين الأداء".

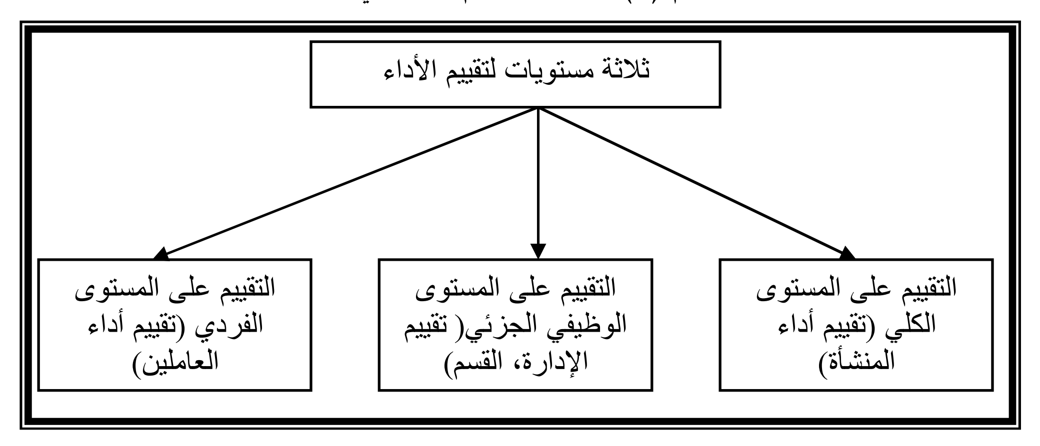
كما يرى زهير ثابت تقييم الأداء على أنه " قياس الأداء الفعلي ومقارنة النتائج المحققة بالمعايير التي سبق تحديدها والمستمدة من الأهداف المتوقعة وتحديد الانحرافات ووضع الخطط اللازمة لتحسين الأداء"[١٨]. وبالتالي يشكل تقييم الأداء الحلقة الأخيرة في العملية الإدارية التي يترتب عليها اتخاذ القرارات التصحيحية الموجهة لتحقيق الأهداف المحددة من قبل، بما يوفره من بيانات ومعلومات وما يسهم به من جهود في تشخيص وتحديد المشكلات ووضع خطط الحلول والتطوير.

---

[١٨] زهير ثابت، " سلسلة الدليل العملي لمدير القرن ٢١"، الطبعة الأولي، القاهرة : دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠١م، ص-١٥.

ومن خلال التعريف يتبين بأن هناك ثلاثة مستويات لتقييم الأداء في المنشأة، سوف نبين تلك المستويات الثلاثة لتقييم الأداء في شكل توضيحي على هذا النمط.

الشكل رقم (١) مستويات تقييم الأداء في المنشأة



المصدر: زهير ثابت، " سلسلة الدليل العملي لمدير القرن ٢١"، الطبعة الأولى، القاهرة : دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠١م، ص- ١٥.

ثانياً : فوائد تقييم الأداء:

تعتبر معدلات الأداء من وجهة نظر الرقابة الإدارية مفيدة في إظهار فاعلية العمليات وإلقاء الأضواء على مواطن المشكلات التي هي بحاجة إلى إجراء تصحيحي وتوضح سهير الشناوي هذه التصحيحات في النقاط الآتية [١٩]:

١. الاستخدام غير السليم للأفراد، حيث ينشأ التراكم الوظيفي من جراء الانخفاض التدريجي في عبء العمل إلى أن يكون العاملون في مجموعهم في مستوى عددي مناسب لكنهم غير موزعين بشكل يحفظ العلاقة بين العمل والعاملين.
٢. التوزيع غير السليم للعمل، حيث يزيد العبء على بعض الوحدات التنظيمية بينما البعض الآخر يحمل بالقليل من عبء العمل.
٣. الإجراءات غير الملائمة، توجد بعض الإجراءات المعقدة، والتي لا يمكن تصحيحها إلا من خلال تقييم الأداء.

[١٩] سهير الشناوي، " تقييم الأداء في المنشأة الصناعية "، الطبعة الأولى، القاهرة : دار الوفاء، ١٩٧٨م، ص ٢٤٧.

٤. التشغيل غير الكافئ للمعدات، حيث لا تستخدم المعدات المستعملة بكفاءة أو أن تكون تلك المعدات في حالة متدهورة.

كما تلخص سهير الشناوي فوائد تقييم الأداء في النقاط التالية [٢٠]:

أ. يعتبر تقييم الأداء أهم الركائز التي تبنى عليها عملية المراقبة والضبط.

ب. كما يفيد تقييم الأداء في تزويد الإدارة بالمعلومات اللازمة لاتخاذ القرارات المهمة سواء للتطوير أو الاستثمارات أو عند إجراء تغييرات جوهرية، مثل غزو أسواق جديدة.

ج. يفيد تقييم الأداء بصورة مباشرة في تشخيص المشكلات وحلها ومعرفة مواطن القوة والضعف في المؤسسة.

د. يعتبر تقييم الأداء من أهم دعائم رسم السياسات العامة سواء على مستوى المؤسسة أو على مستوى الصناعة أو على مستوى الدولة.

هـ. كما يعتبر تقييم الأداء من أهم مصادر البيانات اللازمة للتخطيط.

ثالثاً : العوامل المؤثرة في تقييم الأداء:

يجب أن يأخذ المسئولون في اعتبارهم عند تقييم الأداء لمنظمة ما تشغيل عوامل قد تؤثر في الأداء ومن بين تلك العوامل ما يلي[٢١] :

١. الاختلاف الملحوظ في حجم العمل قد يؤثر في الأداء.
٢. وجود أو عدم وجود الأعمال المتأخرة قد يؤثر في معدل الإنتاج.
٣. التحسينات التنظيمية والإجرائية ذات أثر مباشر على الأداء.
٤. الأداء في العمليات المتماثلة قد يتباين بحسب التوطن الجغرافي للوحدات من جراء الظروف المحلية.
٥. نوعية وحدة العمل التام قد تفضي إلى معدلات مختلفة للإنتاج.

---

[٢٠] سهير الشناوي،" تقييم الأداء في المنشأة الصناعية "، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٩.

[٢١] محمد سعيد احمد ومحمد حامد إبراهيم، " دليل موازنة البرامج، الأداء الصادر عن القسم الاقتصادي والاجتماعي بمنظمة الأمم المتحدة "، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، ١٩٧٨م، ص ٣٨.

رابعاً : أبعاد تقييم الأداء:

ولتقييم الأداء بعدان أساسيان هما[٢٢]:

١. المتعلق بالبعد الاقتصادي ويشمل تقييم النتائج العامة للمنظمة ومدى نجاحها في تحقيق أهدافها وسياستها العامة، والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً مباشراً بأهداف الدولة وسياستها العامة في إطار الاقتصاد العام للدولة.

٢. المتعلق بالبعد التنفيذي ويشمل تقييم الأداء على المستوى الوظيفي أي تقييم كل نشاط من نشاطات المنظمة وعلى حد مع توحيد المعايير.

خامساً : المعايير المستخدمة في تقييم الأداء:

يقصد بمعايير مؤشرات التقييم تلك المقاييس التي يتم مقارنة الأداء الفعلي أو أنشطة أو نتائج معينة معها، حيث تمثل هذه المعايير (المؤشرات) ما يجب أن يكون عليه الأداء، وفي مجال التسويق يتم أداء ذلك من خلال المقارنة بين ما تم بالفعل من أنشطة ونتائج تتعلق به وما كان يجب أن يتم (محدداً في شكل أداء متوقع أو معايير أو مؤشرات محددة سلفاً).

ويترتب على هذه المقارنة التوصل إلى واحدة من ثلاث نتائج هي:

- تطابق الأداء الفعلي مع الأداء المتوقع، وهي حالة نادرة الحدوث بل قد لا تحدث بالفعل.
- انخفاض الأداء الفعلي عن الأداء المتوقع.
- زيادة الأداء الفعلي عن الأداء المتوقع.

لذلك، فإن الخطوة الأولى في عملية تقييم الأداء باستخدام هذا المدخل هي تحديد معايير أو مؤشرات معينة أو مستويات أداء متوقعة لكي يتم مقارنة الأداء الفعلي بها.

١. تحديد المعايير (المؤشرات) :

لذلك سيتم تناول هذه الخطوة بشكل من التفصيل كما أشار إليه نعيم أبوجمعة بأن تحديد المعايير أو اختيار المؤشرات لتقييم مستوى الأداء يكون له دور بناء للمؤسسة

---

[٢٢] عبد الله سالم، " تقييم الأداء " : دراسة نظرية، مكتبية حمادة، الزقازيق، ١٩٨٨م، ص ١٨٥.

أو المنظمة لمعرفة نقاط القوة بها ونقاط الضعف، بذلك يجب أن تتوفر لتحديد المعايير عدة خصائص ومن أهمها ما يلي: [٢٣]

أ. أن يكون قابلا للقياس كلما أمكن ذلك.

ب. أن يكون واقعياً.

ج. أن يرتبط بفترة زمنية معينة.

د. أن يكون متناسقاً مع المعايير الأخرى، أي لا يوجد تعارض بينه وبين غيره من المعايير.

وبعد أن يتم وضع المعايير(المؤشرات)، فإن الخطوة التالية تكون قياس الأداء الفعلي.

٢ ـ قياس الأداء الفعلي:

يتم قياس الأداء الفعلي للتسويق، فمثلاً من خلال استخدام البيانات المتعلقة بما تم بالفعل من أنشطة وممارسات مختلفة تتعلق به، ويمكن استقاء هذه البيانات من عدة مصادر منها ما يلي:

أ. محاضر اجتماعات فرق العمل التي كونت وأسند إليها مهام التسويق بصفة عامة.

ب. القرارات التي تم اتخاذها لوضع ابتكار معين موضع التطبيق.

ج. سجلات شكاوى العملاء.

د. سجلات خطابات العملاء ومكاتباتهم للشركة.

هـ. بحوث التسويق التي تمت، وتضمنت معلومات ذات صلة مباشرة أو غير مباشرة للشركة.

و. الاتصالات الشفوية والكتابة التي تمت بين الجهة المسئولة عن الأداء التسويقي وأداء الإدارات الأخرى المعنية به.

---

[٢٣] نعيم حافظ أبو جمعة، " التسويق ألابتكاري"، الطبعة الأولى، القاهرة: منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٣م، ص- ٢٩٣.

ز. سجل الأفكار التسويقية الجديدة.

ح. سجل المبيعات.

ط. قوائم (حسابات) التشغيل والمتاجرة والأرباح والخسائر والميزانية العمومية للشركة.

ي. سجلات الإدارات الفرعية للتسويق(مثل/ إدارة المنتجات، إدارة بحوث التسويق، إدارة التوزيع، إدارة الترويج... الخ).

ك. سجلات المصروفات والتكاليف.

ل. الملاحظات الشخصية للمسئول (المسئولين) عن تقييم الأداء في مجال التسويق.

م. التقارير ذات الصلة بالأنشطة التسويقية.

ولا شك أن وجود نظام للمعلومات التسويقية بالشركة، ونظام معلومات خاص بالأداء التسويقي على وجه الخصوص يسهم مساهمة فعالة في الحصول على البيانات والمعلومات اللازمة عن الأداء الفعلي للتسويق حيث يتم إدخال البيانات المتعلقة به أول بأول إلى هذا النظام، ويتم حفظها وتبويبها وتحديثها وتحليلها...الخ، بحيث يمكن استخراج المعلومات المطلوبة للتقييم من هذا النظام وقت الحاجة إليها وبسهولة، وهذا بصرف النظر عن مصدر البيانات أو المعلومات المطلوبة عن الأداء الفعلي، فلابد أن تتوافر في هذه البيانات والمعلومات الشروط الواجب توافرها عادة في مثل هذه الحالات وهي[٢٤] :

- التوقيت السليم: أي تتوافر البيانات والمعلومات وقت الحاجة إليها.

- المرونة : أي إمكانية أن تأخذ هذه البيانات والمعلومات أشكالاً وتفاصيل مختلفة وإمكانية تعديل أو تغيير هذه الأشكال أو التفاصيل إذا تطلب الأمر ذلك.

- الشمول: أي ضرورة أن تفي البيانات والمعلومات بجميع الاحتياجات المرتبطة بالتسويق فيما يتعلق بها.

- الدقة : وتعني خلو هذه البيانات والمعلومات من الأخطاء.

---

[٢٤] نعيم حافظ أبو جمعة، " التسويق الابتكاري"، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٧- ٢٩٨.

- <u>اليسر أو السهولة</u>: أي يكون من السهل على من يحتاج هذه البيانات والمعلومات أن يستخرجها أو يحصل عليها.

- <u>الملاءمة</u>: وتعني أن تكون البيانات في الشكل الملائم للاستخدام ودرجة التفصيل المطلوبة.

- <u>الحداثة</u>: يجب أن تكون البيانات أو المعلومات حديثة.

ومن هنا يرى الباحث بأن القرارات الرديئة هي عادة نتائج استخدام معلومات غير صحيحة، وافتراضات غير صحيحة أو تحليل غير ملائم للمعلومات المتاحة، ومن الأهمية بمكان تحديد من له (لهم) سلطة وصلاحية الحصول على البيانات والمعلومات المشار إليها سابقاً، ويجب أن يسود الفهم لدى المسئولين عن تقييم الأداء التسويقي أو الأداء بصفة عامة والعاملين به، أن قياس الأداء الفعلي لا يتم بهدف تصيد الأخطاء، وإنما يتم بهدف المعاونة في تحسين الأداء في هذا المجال الحيوي من مجالات التسويق، بعد قياس الأداء الفعلي، فإن الخطوة التالية هي إجراء المقارنة بين الأداء الفعلي والمعيار.

٣. المقارنة بين الأداء الفعلي والمعيار:

وفي هذه المرحلة، يتم المقارنة بين الأداء الفعلي في عنصر معين من عناصر التسويق موضع التقييم، والمعيار(المؤشر) الخاص به.

فعلى سبيل المثال.. إذا كان عدد الابتكارات التسويقية التي نجحت بالفعل هو (١٠)، بينما إجمالي عدد الابتكارات التسويقية الفعلية في فترة التقييم يبلغ (٥٠)، تكون نسبة الابتكارات الناجحة الفعلية إلى إجمالي الابتكارات الفعلية (٢٠٪).

وذلك وفقاً إلى المعادلة التالية:

× ١٠٠٪ = ٠,٢٠ × ١٠٠٪ = ٢٠٪ $\frac{1}{5}$ × ١٠٠٪ = $\frac{10}{50}$= إجمالي الابتكار الفعلي أ.

وتمثل هذه النسبة الأداء الفعلي للتسويق ألابتكاري في هذا العنصر، فإذا كانت النسبة التي يتضمنها المعيار الخاص بهذا العنصر سواء على أساس العام الماضي أو النسبة المتوقعة أو النسبة لدى أكبر منافس.. هي (٢٥٪).

كان معنى ذلك أن نتيجة المقارنة تعني أن هناك نقصاً أو انحرافاً بالأداء الفعلي للتسويق الابتكاري في هذا العنصر تبلغ نسبته (٥٪)، وذلك وفقاً إلى المعادلة التالية :

ب. انحراف الأداء الفعلي للتسويق = الأداء الفعلي – الأداء المعياري

= ٢٠٪ - ٢٥٪ = ٥٪

ج.انحراف الأداء الفعلي للتسويق الابتكاري = الأداء المعياري – الأداء الفعلي

= ٢٥٪ - ٢٠٪ = ٥٪

وهو نقص أو انحراف غير مرغوب فيه، وبذلك لا يجب التوقف فقط عند نقطة الوصول إلى نتيجة للمقارنة بين الأداء الفعلي والمعيار، وإنما لابد من البحث في أسباب حدوث الانحراف، وما إذا كان يرجع لأسباب تدخل في نطاق تحكم الإدارة أو يخرج عن نطاق تحكمها، ومن المسئول عن ذلك الانحراف، ويعد ذلك الأساس في تحديد ما يجب اتخاذه من إجراءات لتصحيح الانحراف موضع الاعتبار والعمل على عدم تكرار وقوعه في المستقبل.

ومن الملاحظات المهمة التي يجب أخذها في الحسبان عند المقارنة بين الأداء الفعلي والمعايير المحددة مسبقاً، أن أداء التسويق الابتكاري قد يكون جيداً في عنصر معين وغير جيد في عنصر آخر.

وبمعنى آخر، فإنه لا يتوقع أن تكون نتائج المقارنة موضع الاعتبار إيجابية أو سلبية بالنسبة لكافة المعايير لذلك لابد من وجود أسلوب يساعد في الحكم على الأداء الكلي للتسويق الابتكاري.

سادساً: تقييم الأداء الكلي للمؤسسة:

يعتبر تقييم أداء المؤسسة معيار استراتيجي أن كان ذلك إيجابياً أو سلبياً ويرجع هذا التقييم لأداء المؤسسة لتقييم أفرادها وفقاً للمعايير وطرق تقييم المؤسسة التي تستخدمها، وبذلك ينظر إلى المؤسسة على أساس عناصرها التي تخضع دائماً وبصورة

مستمرة لتقييم أدائها على المستوى الكلي أي الشامل فإن العناصر التي تخضع لتقييم الأداء على المستوى الكلي هي[٢٥]:

١. الفعالية : نوعية المخرجات وكميتها والوقت المحدد للإنجاز والدخل والأرباح ورضاء العملاء ورضاء العاملين.
٢. الكفاءة : العائد على الأموال المستثمرة والإنتاج ومعدل دوران المخزون والمبيعات لكل عامل، ومعدل دوران العاملين وتكلفة التدريب لكل عامل ومعدل الغياب واستغلال العمالة المهنية.. إلخ.
٣. التقدم في العمل : المقاييس المرحلية للنتائج والحوادث المترابطة والخطوات الفرعية للمشروعات.
٤. أساليب ونظم وإجراءات العمل.
٥. عادات العمل.

---

[٢٥] زهير ثابت، " كيف تقييم أداء الشركات والعاملين "، الطبعة الأولى، القاهرة: دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠١م، ص ١٥-١٦.

٦/ الجريمة المنظمة والفساد

إعداد / د. رشيدة محمود سيد أحمد علي

المحامي والمستشار القانوني

المقدمة:

أصبح الفساد نشاطاً اجتماعياً منظماً مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالجريمة المنظمة حتى صار ظاهرة إجرامية تقوم بها عصابات الجريمة المنظمة المستحدثة التي تعتمد على عنصر المال والسلطة. إن الفساد كجريمة لم يحظَ باهتمام المجتمع الدولي إلا مؤخراً في التسعينات عندما أصبحت الدول الكبرى تهتم بالاقتصاد وقضايا التنمية بالقطاعات العامة والخاصة التي يشكل الفساد فيها دوراً مهماً حيث اتخذ المجتمع الدولي تدابيره لمواجهة الجريمة المنظمة، ومنها إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة ٢٠٠٣م، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٥م.

ثبت أن للجريمة المنظمة علاقة وطيدة بالفساد مما جعل للفساد أهميته وخطورته كظاهرة اجتماعية منظمة تحرم المجتمع من حقه الطبيعي في الحياة مما جعل العديد من الجهات الدولية والمحلية تهتم بدراسات حول هذا الموضوع لما له من أخطار أمنية واجتماعية واقتصادية على المجتمع الدولي والمحلي، والتي تقود إلى عدم استقرار المجتمعات وانتشار الجهل والفقر والتخلف الناتج عن فقدان هذه المواد.

ويؤثر الفساد سلباً على القيم الأخلاقية والعدالة والمساواة وسيادة القانون وتزداد خطورة الفساد كونه صورة من صور الجريمة المنظمة، لارتباطه بأنواع الجرائم المختلفة، مثل الجريمة الاقتصادية وجرائم غسل الأموال الأمر الذي يجعله يتعدى حدوده الوطنية. لذلك لابد من تضافر الجهود الدولية والمحلية للحد منه.

الفصل الأول
الجريمة المنظمة والفساد

المبحث الأول : مفهوم الفساد :

يعد الفساد من أخطر المؤثرات على استقرار المجتمع وأمنه وذلك لتأثيره على القيم الأخلاقية والعدالة وتعريض أمن وسيادة القانون للخطر، كما أن للفساد علاقة كبيرة مع أنواع وأشكال الجريمة وتحديداً الجريمة المنظمة وما تقوم عليه عملية غسل الأموال لأن الفساد مرتبط بالجريمة والجريمة تؤثر على المجتمع واستقراره وبالتالي تنمية اقتصاده، وبالتالي التأثير على موارد الدولة أضف إلى ذلك بأن الفساد له حدود انتشار واسعة محلياً ودولياً لا تمكن من السيطرة والقضاء عليه، الأمر الذي يجعل المكافحة والقضاء عليه أمراً ضرورياً رغم صعوبته.

لذلك لا بد من القضاء على الفساد والعمل على اتباع منهج شامل ومتعدد وذلك بتوفير كل الظروف والإمكانات التي تدعم بناء المجتمعات والمؤسسات والتزويد من مقدرة الدول في منع الفساد ومكافحته. والفساد معروف منذ الأزل وله جذور عميقة وعدد من الصور والأساليب وله آثار قديمة في المجتمعات فقد كانت الغاية المنشودة للرسالات السماوية هي تخليص الأرض من الفساد. وقد ورد في القرآن الكريم عديد من الآيات تنهي عن الفساد في الأرض لقوله تعالى (وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ)[1].

ولقوله تعالى (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللّهُ لاَ يُحِبُّ الفَسَادَ)[2].

---

[1] – سورة الشعراء آية ١٨٣.

٢ – سورة البقرة آية ٢٠٥.

لقوله تعالى (إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)[1]

وقد ساوى الله عز وجل الذين يسعون فساداً بالذين يحاربون الله ورسوله وأنزل عليهم عقوبة القتل أو الصلب أو القطع من خلاف أو النفي كما توعدهم في الآخرة بالعذاب العظيم. ويعني هذا أن الفساد منذ القدم موجود في المجتمعات وحتى الآن حيث أصبح ظاهرة تثير القلق والمخاوف لزيادة أضراره وتطوره مع تطور المجتمع. وللفساد عواقب وخيمة وهو سبب الخراب والدمار ويؤدي إلى تهديد المجتمعات لإضعافه للنظم الأساسية في سياسات الدول ويؤثر على التنمية.

والفساد يشوه التجارة والاستثمار والتنمية ويساعد على ارتكاب الجرائم المنظمة عبر الحدود مثل الإتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية وغسل الأموال الناتجة عن الأنشطة الإجرامية، والفساد يعتبر خطراً وطنياً وإقليمياً ودولياً يهدد أمن المجتمعات واستقرارها ويعرض التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على مستوى العالم لأخطار يصعب مواجهتها، وللفساد عوامل عديدة تساعد على انتشاره مثل التقنيات العالية، واتساع نطاق التكامل الاقتصادي العالمي، وظهور النظام المالي الدولي لقيام التحالفات بين الدول.

وحالات الفساد تبدأ من القطاع الوظيفي سواء كان عاماً أو خاصاً وذلك بتورط الموظفين فيه الأمر الذي جعل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعتمد مفهوم الموظف العام ليشمل الموظف الوطني والأجنبي وموظف المؤسسات الدولية. والجدير بالذكر أن المجتمع الدولي ممثلاً في منظمة الأمم المتحدة قد أدرك خطورة الفساد مبكراً وأدرجه من ضمن أجندة مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين عام ١٩٨٥م.[2]

---

١ – سورة المائدة آية ٣٣.

[2] – خطة ميلانو مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة، ومعاملة المذنبين، الفصل الأول، الفرع الأول.

إلا أن مكافحة الفساد لم تأخذ الأولوية بشكل كبير إلا بعد أن تأكد ارتباط الفساد بالجريمة المنظمة والجريمة التنظيمية والمشكلات الأمنية التي تعاني منها المجتمعات المعاصرة.[١]

المبحث الثاني

تعريف الفساد

١/ تعريف الفساد في اللغة :

هو من فَسُدَ، فَسُدَ الشيء يفسد بضم السين فساداً، فهو فاسد وفسُد بضم السين أيضاً فهو فسيد وأفسد مُفسد. والمفسدة ضد المصلحة، وفساد الشيء يعني تلفه وعدم صلاحيته.[٢] والفساد لغة هو عكس الصلاح، ويطلق على حالة الجدب والقحط وأخذ المال ظلماً بغير حق. والفساد في الاصطلاح الشرعي هو خروج الشيء عن الاعتدال ومن ذلك في جميع المحرمات والمعاصي.[٣]

٢/ وتعريف الفساد في الإصطلاح:

يعرف الفساد بأنه سوء استعمال السلطة العامة للحصول على مكاسب شخصية، ويعتبر المصلحة العامة سواء كانت تلك المكاسب لصالح من أساء استعمال السلطة العامة، أو لغيره من الأفراد والجماعات.

وجاء تعريف الفساد في الأمم المتحدة بأنه : هو سوء استعمال السلطة العامة للحصول على مكاسب شخصية يضر المصلحة العامة.[٤]

وعرف الفساد أيضاً بأنه استخدام السلطة العامة من أجل كسب أو ربح شخصي أو من أجل تحقيق هيبة أو مكانة اجتماعية أو من أجل تحقيق منفعة لجماعة أو وظيفة

---

١ - د. محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٧، ص ١٠.

٢ - د. زين العابدين عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح بيروت مؤسسة الرسالة، ط ١٩٩٤ م، ص٢٠٧.

٣ د. زين العابدين، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

٤ - United Nations Manual on Ahti – correption poligODCCP CICP 16/ .VIENNA2001

ما بالطريقة التي يترتب عليها جزاء مخالف للقانون أو مخالفة التشريع ومعايير السلوك الأخلاقي[1]. ولا يوجد في نصوص القوانين الوطنية تعريف قانوني للفساد كجريمة يعاقب عليها القانون ولا يوجد ما يسمى بجرائم الفساد تحديداً.

والملاحظ أن هذه التسمية لجرائم الفساد ومن ثم تعريف الفساد قدمت من خلال المواثيق الدولية والإقليمية حيث ورد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة (٨) من الاتفاقية (دعوة الدول الأعضاء إلى تجريم الفساد، وهذا الالتزام الذي فرضته الاتفاقية على الدول الأطراف ينصب على صور السلوك المختلفة للرشوة في نطاق الموظفين العموميين القائمين بالخدمة العمومية، وبالتعريف الوارد في القوانين الداخلية للدول الأطراف).

كما جاء في الفصل الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مواد (١٥- ٢٥) دعوة الدول الأعضاء إلى تجريم أفعال محددة يأتي بها الموظفون العموميون تعتبر فساداً وهي الرشوة، والمتاجرة بالنفوذ، والاختلاس وإساءة استعمال السلطة، الإثراء المتعمد غير المشروع للموظف العمومي، الرشوة في مجال القطاع الخاص، اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص وغسل العائدات الإجرامية.

إلى جانب اهتمام اتفاقية الأمم المتحدة للجريمة المنظمة عبر الوطنية نجد اهتماماً على المستوى العربي متمثلاً في اتفاقية عربية لمكافحة الفساد تسمى (مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد).[2] وقد تم تعميم مشروع هذه الاتفاقية على وزارات العدل العربية وشكلت له لجنة مشتركة من مجلس وزراء الداخلية والعدل العرب لمراجعة صياغته وقد انتهت اللجنة من مهمتها في ١١ ديسمبر ٢٠٠٣م باعتماد مشروع اتفاقية عربية لمكافحة الفساد وبدعوة الأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب إلى إجراء التنسيق اللازم لوضع الإجراءات التنفيذية للاتفاقية على أن يتم عرض هذه الإجراءات على المجلسين لاعتمادهما.

---

١ – السيد علي شنا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، اسكندرية مكتبة الاشعاع، ط ١٩٩٩، ص ٤٣.

[2] – وثائق الأمانة العامة بمجلس وزراء الداخلية العرب، تونس ديسمبر ٢٠٠٣.

في المادة الرابعة منها تم بيان أفعال يجب على الدول الأطراف أن تجرمها في تشريعاتها الوطنية وتعتبرها من جرائم الفساد منها كافة أفعال المتاجرة بالوظائف والنفوذ في مجال الموظفين العموميين، لأفعال اختلاس الممتلكات والاستيلاء عليها بغير حق وأفعال الإثراء غير المشروع، الرشوة في القطاع الخاص، اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، وأفعال غسل العائدات الإجرامية بصورها المختلفة من تحويل الممتلكات ونقلها، أو إخفائها، أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها. وكذلك اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استلامها أو إدارتها أو حفظها أو تعديلها أو استثمارها.

إلى جانب مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد توجد اتفاقيات أخرى سارت على نهج تجريم الفساد وانحراف الموظفين على سبيل المثال لا الحصر هي:

١/ اتفاقية منظمة الدول الأمريكية لمكافحة الفساد التي اعتمدتها منظمة العمل الأمريكية في ٢٩ مارس ١٩٩٦م.

٢/ الاتحاد الأوربي لمكافحة الفساد.

٣/ التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.

المبحث الثالث

صور الفساد

للفساد صور عديدة متعارف عليها في الإسلام وبين الباحثون والمفكرون منها الفساد الأخلاقي والفساد الإداري، والفساد القضائي، الفساد الاقتصادي والفساد الثقافي، والفساد الاجتماعي والفساد السياسي، وهي مشتركة مع أنواع الفساد الواردة في الإسلام مثل القتل وأكل مال اليتيم والربا وشهادة الزور وقذف المحصنات.[١] ويقسم الفساد في دليل الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى نوعين:

---

[١] – محمد احمد الصالح، التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية، المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، ٢٠٠٣، ص١٨.

١/ فساد جسيم مثل الفساد المتصل بالخصخصة ومشتريات الحكومة وسياسات العمل.

٢/ الفساد البسيط مثل الرشوة والتهريب عبر الحدود الدولية.

والمتفق عليه أن للفساد أنماطاً معروفة وهي الرشوة، والاختلاس، والتزوير والسرقة، والسلب والتبرعات السياسية غير المشروعة، وغسل الأموال والمحاباة والاحتكار للإتجار في المعلومات السرية للدولة والتلاعب بمشتريات الحكومة والحصول على فوائد وعمولات غير مشروعة والتأثير على المجتمعات الحكومية.

وتعتبر الرشوة من أكثر أنواع الفساد انتشاراً وجاء تجريمها في المواثيق الدولية والقوانين الوطنية بصورة واضحة. وفي الآونة الأخيرة اتسعت مجالات الفساد وتنوعت أساليبها مع تطور المجتمعات ونمط الحياة وذلك راجع إلى التقنيات العالية للمعلومات والاتصالات والعمل من خلال شركات متعددة الجنسيات مع التطور في مجالات الحياة المختلفة مثل المواصلات الصحة والتعليم والصناعات المختلفة وقد أدى ذلك إلى ظهور أنماط مختلفة من الفساد في مجالات عدة منها الخدمات الصحية والتعليمية، والبيئة، والسلاح النووي، والنفط، والإتجار في البشر.

وهذا الانتشار للفساد راجع إلى عدد من الأسباب والعوامل المساعدة منها عدم وجود رقابة حكومية تتولى الرقابة والشكاوى من الفساد وسوء استخدام السلطة التقديرية، أو عدم توفر نظم الرقابة الداخلية أو ضعف التحفيز وسط موظفي القطاع العام، عدم فعالية أجهزة العدالة الجنائية كالشرطة والنيابة العامة والقضاء وضعف وسائل الإعلام.

وبالدراسة والتحليل وجد الاقتصاديون أن أسباب الفساد ترجع إلى عدد من الأمور أهمها وجود خلل وفوضى في النظام الضريبي، فرض رسوم جمركية بصورة عشوائية، المفاضلة في حماية الصناعات المحلية، وفرص الاستيراد، عدم ثبات أسعار العملات المحلية، فرض قيود على التجارة، التلاعب في الثروات الطبيعية، انخفاض أجور الموظفين، انتشار الجريمة المنظمة.

المبحث الرابع

مضمون الفساد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

نجد أن الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عزمت على اتباع منهج شامل لمنع الفساد وذلك بمنع وكشف الجريمة بصورة جادة، مع الحالات الدولية للموجودات المكتسبة بصورة غير مشروعة، وأن تعزز التعاون الدولي في مجال استيراد الموجودات، وذلك بتسليم لكل المبادئ الأساسية في الأصول القانونية للإجراءات الجنائية والمدنية والإدارية للفصل في الحقوق المكتسبة.

وقد وضعت هذه الاتفاقية برنامجاً لمنع الفساد والقضاء عليه هو مسئولية تقع على عاتق جميع الدول، وعلى الدولة أن تتعاون من أجل المشاركة في دعم القضاء على الفساد، بكافة قطاعات المجتمع محلي وحكومي وأهلي مع مراعاة مبادئ الإدارة السليمة والعدالة وإدارة الأعمال التي تقوم بها المنظمات الدولية والإقليمية في مجال الفساد، وأن يكون للدول الأطراف العلم بالعمل الذي تقوم به الاتفاقيات.

ولاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أغراض وردت وفقًا لنص المادة (١) من الاتفاقية والتي تنص على الآتي (أغراض الاتفاقية وهي :

ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجع).

حيث تنص المادة (٢) (على ترويج وتيسير ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية في مجال منع ومكافحة الفساد، بما في ذلك في مجال استيراد الموجودات). ونصت المادة (٣) على(تعزيز النزاهة والمساءلة والإدارة السليمة للشئون العلمية والممتلكات العمومية). وتنطبق هذه الاتفاقية على منع الفساد والتحري عنه وملاحقته وتجميد وحجز وإرجاع العائدات من الجريمة وتحدثت في ذلك المادة (٣) من الاتفاقية والتي تنص على الآتي:

١/ (تنطبق هذه الاتفاقية وفقاً لأحكامها على منع الفساد والتحري عنه وملاحقة مرتكبيه وعلى تجميد وحجز وإرجاع العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية).

٢/ (لأغراض تنفيذ هذه الاتفاقية، ليس ضرورياً أن تكون الجرائم المبينة فيها قد ألحقت ضرراً أو أذى بأملاك الدولة باستثناء ما تنص عليه خلافاً لذلك).

تقوم أركان هذه الاتفاقية على حفظ وصون سيادة الدول الأطراف على نحو لا يبيح للدول الأطراف أن تمارس أي ولاية قضائية في ذلك الشأن وقد تحدثت في ذلك المادة (٤) من الاتفاقية بنصها على الآتي :

١/ (تؤدي الدول الأطراف التزامها بمقتضى هذه الاتفاقية على مبدأ تساوي الدول في السيادة وسلامة أراضيها ومبدأ عدم التدخل في الشئون الداخلية للدول الأخرى).

٢/ (ليس في هذه الاتفاقية ما يسمح للدولة الطرف أن تقوم في إقليم دولة أخرى بممارسة الولاية القضائية وأداء الوظائف التي يناط أداؤها حصراً بسلطات تلك الدول الأخرى بمقتضى قانونها الداخلي). وإلى جانب ذلك تحدثت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مسألة غسل العائدات الإجرامية وقد جاء ذلك في نص المادة (٢٣) من الاتفاقية فقرة (١) بنصها على الآتي:

١/ (تعتمد كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما قد يلزم من تدابير تشريعية، وتدابير أخرى بتجريم الأفعال التالية عندما ترتكب عمداً.

١- إبدال الممتلكات أو إحالتها، مع العلم بأنها عائدات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه مصدر تلك الممتلكات غير المشروعة أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي على الإفلات من العواقب القانونية لفعلته.

٢- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها مع العلم بأن تلك الممتلكات هي عائدات إجرامية ورهنها بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني.

٣- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم وقت استلامها بأنها عائدات إجرامية.

٤- المشاركة في ارتكاب أي فعل مجرم وفقاً لهذه المادة أو التعاون أو التآمر على ارتكابه والشروع في ارتكابه والمساعدة والتشجيع على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه. وبناءً عليه على كل دولة طرف السعي في تطبيق أحكام هذه

الاتفاقيـة علـى أوسـع مجموعـة مـن الجـرائم الأصـلية وتشـمل الجـرائم الأصـلية الجرائم المرتكبة داخل الولايـة القضـائية للدولـة الطـرف المعينـة وخارجهـا إلا أن الجـرائم المرتكبـة خـارج الولايـة القضـائية للدولـة لا تمثـل جـرائم أصـلية إلا إذا كـان السلوك الإجرامـي الـذي ارتكـب لـه الصـلة يعتبر فعـلاً إجرامياً بمقتضـى القانون الداخلي للدولة الطرف التي تنفذ أو تطبق هذه الاتفاقية.

وتحدثت في ذلك الفقرة (٣) من البند (٢) للمادة (٢٣) من الاتفاقية. كما وتحدثت الاتفاقية في شأن إخفاء الممتلكات في المادة (٢٤) من الاتفاقية بقولها(تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم القيام عمداً عقب ارتكـاب أي مـن الأفعـال المجرمـة وفقـا للاتفاقيـة دون المشـاركة في الجـرائم بإخفـاء ممتلكـات أو مواصلة الاحتفـاظ بهـا عنـدما يكـون الشـخص المعني علـى علـم بـأن تلك الممتلكات متأتية من أي من الأفعال المجرمة وفقا للاتفاقية.

وفي شأن العائد الإجرامي المتـأتي مـن الأفعـال المجرمـة تحـدثت الاتفاقيـة في المـادة (٣١) منها بقولها : (

١/ تتخـذ كـل دولـة طـرف، إلى أقصـى مـدى ممكـن ضـمن نطـاق نظامهـا القـانوني الداخلي ما قد يلزم من تدابير لتمكين من مصادرة :

أ/ العائدات الإجرامية المتأتية من الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقيـة أو ممتلكـات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات.

ب/ الممتلكـات أو المعـدات أو الآلات الأخـرى الـتي اسـتخدمت أو كانـت معـدة للاستخدام في ارتكاب أفعال مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

وفي سبيل ذلك على كل دولة طرف اتخـاذ التـدابير اللازمـة للـتمكين مـن كشـف العائد الإجرامي واقتفاء أثره أو تجميده أو حجزه لغرض مصادرته في نهاية المطاف وفقاً لنص المادة (٣١) فقرة (٢). وعلـى الـدول الأطـراف اتخـاذ التـدابير أيضـاً مـن أجل تنظيم إدارة السلطات المختصة للممتلكات المحجوزة أو المصادرة.

تحدثت في ذلك فقرة (٣) من المادة (٣١) بقولها :(حتى ولـو حولـت هـذه الممتلكـات أو بدلت كلياً أو جزئياً يجب إخضاعها للتدابير وفقاً الفقرة (٢) من المادة (٣١) وتخضع

العائدات إلى التدابير حتى ولو خُلطت هذه العائدات الإجرامية لممتلكات اكتسبت من مصادر مشروعة يجب إخضاع تلك الممتلكات للمصادرة في حدود القيمة المقدرة للعائدات المخلوطة مع عدم المساس بأي صلاحيات تتعلق بتجميدها أو حجزها.

لكن حتى تتحقق التدابير المذكورة على كل دولة طرف تخوّل محاكمها أو سلطاتها المختصة الأخرى أن تأمر بإتاحة السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية أو حجزها ولا يجوز لدولة طرف أن ترفض الامتثال الأحكام حجية السرية المصرفية. وفقاً للفقرة (٧) من المادة (٣١).

كما يجوز للدول الأطراف أن تنظر في إمكانية إلزام الجاني بأن يبين المصدر المشروع لهذه العائدات الإجرامية المزعومة أو الممتلكات الأخرى الخاضعة للمصادرة، ما دام ذلك الالتزام يتوافق مع المبادئ الأساسية لقانونها الداخلي ومع طبيعة الإجراءات القضائية والإجراءات الأخرى.

ولكل ما تقدم في هذا الشأن على الدول الأطراف أن تقدم إلى بعضها البعض أكبر قدر من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وتحدثت في ذلك المادة ٤٦ من الاتفاقية فقرة (٣) بقولها (يجوز طلب المساعدة القانونية المتبادلة التي تقوم وفقاً لهذه المادة لأي من الأغراض.

٧/ تحديد العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو الأدوات أو الأشياء الأخرى أو اقتفاء أثرها لأغراض إثباتية.

١٠/ استبانة عائدات الجريمة وفقًا لأحكام الفصل الخامس من هذه الاتفاقية وتجميدها واقتفاء أثرها.

١١/ استرداد الموجودات وفقاً لأحكام الفصل الخامس من هذه الاتفاقية. جاء في اتفاقية التعاون في مجال إنفاذ القانون مادة (٤٨) فقرة (١) :

١/ تتعاون الدول الأطراف فيما بينها تعاوناً وثيقاً بما يتوافق مع نظمها القانونية والإدارية الداخلية، كي تعزز فعالية تدابير إنفاذ القانون من أجل مكافحة الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وتتخذ الدول الأطراف على وجه الخصوص تدابير فعالة لأجل

التعاون مع الدول الأطراف الأخرى فيما يتعلق بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، على إجراء تحسبات بشأن:

١/ هوية الأشخاص المشتبه ضلوعهم في تلك الجرائم وأماكن وجودهم وأنشطتهم، أو أماكن الأشخاص المعنيين الأخرى.

٢/ حركة العائدات الإجرامية أو الممتلكات المتأتية من ارتكاب تلك الجرائم.

٣/ حركة الممتلكات أو المعدات والأدوات الأخرى المستخدمة أو المراد استخدامها في ارتكاب تلك الجرائم.

وقد اهتمت الاتفاقية بشأن استرداد الموجودات وجاء ذلك وفقاً لنص المادة (٥١) من أحكام الاتفاقية حيث ذكرت أن استرداد الموجودات بمقتضى هذا الفصل هو مبدأ أساسي في هذه الاتفاقية وعلى الدول الأطراف أن تمد بعضها البعض بأكبر قدر من العون والمساعدة في هذا المجال ومن أجل كشف إحالة العائدات الإجرامية المتأتية من الجريمة.

وأن تتخذ كل دولة طرفاً، في هذه الاتفاقية ما يلزم من تدابير وفقاً لقانونها الداخلي لإلزام المؤسسات المالية الواقعة ضمن ولايتها القضائية بأن تتخذ خطوات مفعولة لتحديد هوية المالكين المنتفعين للأموال المودعة في حسابات عالية القيمة، وتجري فحصاً دقيقاً للحسابات التي يطلب فتحها وذلك من أجل إبلاغ السلطات بأي حسابات مشبوهة وفقاً لنص المادة (٥٢) فقرة (١).

كما ورد في ذات المادة فقرة (٤) تنفذ كل دولة التدابير المناسبة لمنع مساعدة الأجهزة الرقابية والإشرافية من إنشاء مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة. وفضلاً عن ذلك يجوز للدول الأطراف أن تنظر في إلزام المؤسسات المالية بالرفض والدخول أو الاستمرار في علاقة مصرف مراسل مع تلك المؤسسات أو يتجنب إقامة أي علاقة مع مؤسسات أجنبية تسمح لمصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة باستخدام حساباتها وذلك بالنص عليها بالآتي:

٤/ بهدف منع وكشف إحالة العائدات المتابعة من الأفعال وفقاً لهذه الاتفاقية تنفذ كل دولة طرف تدابير مناسبة وفعالة لكي تمنع بمساعدة أجهزتها الرقابية والإشرافية، إنشاء مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة وفضلا عن ذلك يجوز للدول الأطراف أن تنظر في الزام مؤسساتها المالية برفض الدخول أو الاستمرار في علاقة مصرف مراسل مع تلك المؤسسات أو تجنب إقامة أي علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح لمصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة باستخدام حساباتها.

٥/ تنظر كل دولة طرف في إنشاء نظم فعالة لإقرار الذّمة المالية وفقاً لقانونها الداخلي، بشأن الموظفين العموميين المعنيين ، وتنص على عقوبات ملائمة على عدم الامتثال وتنظر كل دولة طرف أيضاً في اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتقاسيم تلك المعلومات مع السلطات المختصة في الدول الأطراف الأخرى عندما يكون ذلك ضرورياً للتحقيق في العائدات المتأتية من الأفعال مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية والمطالبة بها واستردادها.

٦/ تنظر كل دولة طرف في اتخاذ ما قد يلزم من تدابير وفقا لقانونها الداخلي لإلزام الموظفين العموميين المعنيين الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى على ذلك الحساب بأن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة فيما يتعلق بتلك الحسابات ويتعين أن تنص تلك التدابير أيضاً على جزاءات مناسبة على عدم الامتثال.

وقد حددت الاتفاقية تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات في المادة (٥٣) من الاتفاقية بقولها : (على كل دولة طرف وفقاً لقانونها الداخلي :

١/ أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لدولة طرف أخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت حق في ممتلكاتها اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية أو لتثبت ملكية تلك الممتلكات.

٢/ أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها بأن تأمر من ارتكب أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية بدفع تعويض لدولة طرف أخرى تضررت من تلك الجرائم.

٣/ أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها أو لسلطاتها المختصة عندما يتعين عليها اتخاذ قرار بشأن المصادرة بان تعترف بمطالبة لدولة أخرى اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية باعتبارها مالكة شرعية لها.

وضعت المادة (٥٤) آليات استرداد الممتلكات من خلال التعاون الدولي في مجال المصادرة بالنص على الآتي:

١/ على كل دولة طرف من أجل تقديم المساعدة القانونية المتبادلة عملاً بالمادة (٥٥) من هذه الاتفاقية فيما يتعلق بممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية أو ارتبطت به أن تقوم وفقاً للقانون الداخلي بما يلي :-

١/ اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بإنفاذ أمر مصادرة صادر من محكمة في دولة طرف أخرى.

٢/ اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة عندما يكون لديها ولاية قضائية بأن تأمر بمصادرة تلك الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي من خلال قرار قضائي بشأن جرم غسل الأموال أو أي جرم آخر يندرج ضمن ولايتها القضائية من خلال إجراءات أخرى يأذن بها قانونها الداخلي.

٣/ النظر في اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح بمصادرة تلك الممتلكات دون إدانة جنائية في الحالات التي لا يمكن فيها ملاحقة الجاني بسبب الوفاة أو الفرار أو الغياب أو في حالات أخرى مناسبة.

٢/ على كل دولة طرف لكي تتمكن من تقديم المساندة القانونية المتبادلة بناء على طلب مقدم عملا بالفقرة (٢) من المادة (٥٥) من هذه الاتفاقية بأن تقوم وفقا لقانونها الداخلي بما يلي :

١/ اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتجميد أو حجز الممتلكات بناء على تجميد أو حجز صادر عن محكمة أو سلطة مختصة في الدولة الطرف الطالبة يوفر أساساً معقولاً لاعتقاد الدولة الطرف متلقية الطب بأن هنالك أسباب كافية لاتخاذ تدابير من هذا القبيل وبأن تلك الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة الأغراض الفقرة (١/أ) من هذه المادة.

٢/ اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتجميد أو حجز الممتلكات بناء على طلب يوفر أساساً معقولاً لاعتقاد الدولة الطرف متلقية الطلب بأن هناك أسباباً لاتخاذ تدابير من هذا القبيل وبأن تلك الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة الأغراض الفقرة (١/أ) من هذه المادة.

٣/ النظر في اتخاذ تدابير إضافية للسماح لسلطاتها المختصة بأن تحافظ على الممتلكات من أجل مصادرتها مثلا بناءاً على توقيف أو اتهام جنائي ذا صلة بحجز تلك الممتلكات.

وتحدثت في أغراض المصادرة المادة (٥٥) من الاتفاقية بنصها على الآتي:

١) على الدولة الطرف التي تتلقى طلباً من دولة أخرى لها ولاية قضائية على فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية من أجل مصادرة ما يوجد في إقليمها من عائدات إجرامية أو ممتلكات أو معدات أو أدوات أخرى مشار إليها الفقرة (١) من المادة (٣١) من هذه الاتفاقية أن تقوم إلى أقصى مدى ممكن في إطار نظامها القانوني الداخلي بما يلي:-

١/ أن تحيل الطلب إلى سلطاتها المختصة لتصدر فيه أمر مصادرة وأن تضع ذلك الأمر مع النفاذ في حال صدوره.

٢/ أن تحيل إلى سلطاتها المختصة أمر المصادرة الصادر من محكمة في إقليم الدولة الطرف الطالبة وفقاً للمادة (٣١/١/أ) من المادة (٥٤) من هذه الاتفاقية بهدف إنفاذه بالقدر المطلوب طالما كأن متعلق بالعائدات الإجرامية أو ممتلكات أو معدات أو أدوات مشار إليها في المادة (١/٣١) موجودة في إقليم الدولة الطرف متلقية الطلب.

٢) إثر تلقي طلب من دولة طرف أخرى لها ولاية قضائية على فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية تتخذ الدولة الطرف متلقية الطلب تدابير كشف العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى المشار إليها في المادة (٣١/أ) من هذه الاتفاقية واقتفاء أثرها وتجميدها أو حجزها بغرض مصادرتها في نهاية المطاف بأمر صادر إما عن الدولة الطرف الطالبة وإما عن الدولة الطرف متلقية الطلب عملاً بطلب مقدم بمقتضى الفقرة (٨) من هذه المادة.

٣) تنطبق أحكام المادة (٤٦) من هذه الاتفاقية مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال وبالإضافة إلى المعلومات المحددة في المادة (١٥/٤٦) يتعين أن تتضمن الطلبات المقدمة عملاً بهذه المادة :

١/ في حاله طلب ذي صلة بالفقرة (١/أ) من هذه المادة وصفاً للممتلكات المراد مصادرتها بما في ذلك مكان السلطات وقيمتها المقدرة حيثما تكون ذات صلة بالوقائع التي استندت إليها الدولة الطرف الطالبة يكفي لتمكين الدولة الطرف متلقية الطلب من إصدار الأمر في إطار قانونها الداخلي.

٢/ تعتمد كل دولة طرف ووفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتمكين سلطاتها المختصة عندما تتخذ إجراء ما بناء على طلب دولة أخرى من إرجاع الممتلكات المصادرة وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية ومع مراعاة حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

٣/ وفقاً للمادتين (٤٦ و٥٥) والقوانين (١و٢) من هذه المادة على الدول الطرف متلقية الطلب :

١/ في حالة اختلاس أموال عمومية، أو غسل أموال عمومية مختلسة على النحو المشار إليه في المادتين (١٧ و٢٣) من هذه الاتفاقية وعندما تنفذ المصادرة وفقاً للمادة (٥٥) استناداً إلى حكم نهائي صادر في الدولة الطرف الطالبة وهو اشتراط يمكن للدولة الطرف متلقية الطلب إن تستبعده أن تُرجع الممتلكات المصادرة إلى الدولة الطرف الطالبة.

٢/ في حالة عائدات أي إجرام مشمول بهذه الاتفاقية عندما تكون المصادرة قد نفذت وفقا للمادة (٥٥) من هذه الاتفاقية واستناداً إلى حكم نهائي صادر في الدولة الطرف الطالبة وهو اشتراط يمكن الدولة الطرف المتلقية أن تستبعده وأن ترجع الممتلكات المصادرة إلى الدولة الطرف الطالبة عندما تثبت الدولة الطرف الطالبة للدولة متلقية الطلب بشكل معقول ملكيتها السابقة لتلك الممتلكات المصادرة، أو عندما تعترف الدولة الطرف متلقية الطلب بالضرر الذي لحق بالدولة الطرف الطالبة كأساس لإرجاع الممتلكات المصادرة.

٣/ في جميع الحالات أن تنظر على وجه الأولوية في إرجاع الممتلكات المصادرة إلى الدولة الطرف الطالبة أو إرجاع تلك الممتلكات إلى أصحابها الشرعيين السابقين أو تعويض ضحايا الجريمة.

٤/ يجوز للدولة الطرف متلقية الطلب عند الاقتضاء ما لم تقرر الدول الأطراف خلاف ذلك، أن تقتطع نفقات معقولة تكبدتها في عمليات التحقيق أو الملاحقة أو الإجراءات القضائية المفضية إلى إرجاع الممتلكات المصادرة أو أن تتصرف فيها بمقتضى هذه المادة.

٥/ يجوز للدول الأطراف أيضاً عند الاقتضاء أن تنظر بوجه خاص في إبرام اتفاقات أو ترتيبات متفق عليها تبعا للحالة من أجل التصرف نهائياً في الممتلكات المصادرة.

على الدول الأطراف أن تتعاون معاً على منع ومكافحة إحالة عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية وعلى تعزيز سبل ووسائل استرداد تلك العائدات، وأن تنظر لتلك الغاية في إنشاء وحدة معلومات استخبارية مالية تكون مسئولة عن تلقي التقارير المتعلقة بالمعاملات المدنية المشبوه وتحليلها وتعميمها على السلطات المختصة وفقاً لنص المادة (٥٨) من الاتفاقية.

وتتحدث الاتفاقية في شأن التدريب والمساعدة والتقنية في المادة (٦٠) عن الآتي:-

١/ تقوم كل دولة طرف بالقدر اللازم باستحداث أو تطوير أو تحسين برامج تدريب خاص لموظفيها المسئولين عن منع الفساد ومكافحته ويمكن أن تتناول تلك البرامج التدريبية ضمن جملة أمور المجالات التالية :

٥/ منع ومكافحة إحالة عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية وإرجاع تلك العائدات.

٦/ كشف وتجميد إحالة عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

٧/ مراقبة حركة عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية والأساليب المستخدمة في إحالة تلك العائدات أو إخفائها أو تمويهها.

٨/ استحداث آليات وأساليب قانونية وإدارية ملائمة وفعالة لتيسير إرجاع عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

٩/ تسهيل استرداد عائدات الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية يجوز للدول الأطراف أن تتعاون على تزويد بعضها البعض بأسماء الخبراء الذين يمكن أن يساعدوا على تحقيق ذلك الهدف.

وتأسيساً على ما سبق إن الأحكام العامة لاسترداد الأموال المتحصلة من الجرائم المنظمة والفساد هي التأكيد على مبدأ استرداد الأموال المتحصلة من الفساد بتأكيد النص على مبدأ استرداد الأموال في اتفاقية الجريمة المنظمة واتفاقية مكافحة الفساد في أكثر من موضع ابتداءً من الديباجة ومروراً بالمادة الأولى وحتى الفصل الخامس المخصص أصلاً لتنظيم هذا الموضوع. فقد وردت في الفقرة الثامنة من الديباجة أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية قد عقدوا العزم على أن تمنع وتكشف وتردع على نحو أنجع، الإحالات الدولية للموجودات المكتسبة بصورة غير مشروعة، وأن تعزز التعاون الدولي في مجال استرداد الموجودات.

كما نصت المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة ببيان الأغراض على أنه من أغراض هذه الاتفاقية (ب) ترويج وتيسير ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية في مجال منع ومكافحة الفساد بما في ذلك مجال استرداد الموجودات. ثم أضافت المادة (٥١) من الاتفاقية حكماً عاماً يؤكد مبدأ الاسترداد مرة أخرى بقولها استرداد الموجودات بمقتضي هذا الفصل هو مبدأ أساسي في هذه الاتفاقية، وعلى الدول الأطراف أن تمد بعضها البعض بأكثر قدر من العون والمساعدة في هذا المجال.

والملاحظة المهمة في هذا المجال أن النصوص السابق الإشارة إليها من الاتفاقية قد مرت بتعديلات متعاقبة اختلفت فيها عن مشروع النص الأصلي الذي قدم وتنص المادة الأولى من المشروع الأصلي من الاتفاقية على استرداد الموجودات بل وإعادتها إلى بلدانها الأصلية والنص الحالي اكتفى بعبارة استرداد الموجودات، وهكذا كشفت مفاوضات الاتفاقية عن رغبة واضحة في إضعاف مبدأ إعادة الأموال المنهوبة المتحصلة عن جرائم

الفساد إلى بلدان الأصل التي خرجت منها، وقد استند المطالبون بالإبقاء على عبارة وإعادتها لبلدان الأصل إلى المبررات التالية:

١/ إن إعادة هذه الأموال المنهوبة إلى بلدانها الأصلية هو ما يتسق مع الحكمة من إعداد اتفاقية لمكافحة الفساد وتعزيز التعاون القضائي الدولي.

٢/ إن إعادة هذه الأموال إلى بلدان الأصل هو المؤدي الطبيعي لإعمال المبادئ القانونية التي تحكم جريمة الأموال ذات المصدر غير المشروع لا سيما وإن هذه الأموال المنهوبة هي في الغالب أموال عامة للدولة.

٣/ إن عدم النص على إعادة هذه الأموال إلى بلدان الأصل يؤدي ليس فقط إلى إضعاف مبدأ الاسترداد ذاته بل أيضاً إلى إثارة مشكلات قانونية بحجة إلى من تعود إذن هذه الأموال ؟ ولئن قيل مثلما أُقترح البعض إعادتها لمصادرها الأصلية فمن هو المصدر الأصلي ؟ ومن الذي يحدده ؟ وماذا لو تعددت هذه المصادر والتي تتمثل في شراكات أو كيانات خاصة؟

ولكن في الغالب تنص المعاهدات والاتفاقيات على أن تعاد هذه الأموال إلى مالكيها الشرعيين الذين يمكن أن يكونوا أفراداً عاديين أو شركات إضافة إلى ذلك فإن العائدات الإجرامية المترتبة عن اختلاس أموال الدول أو التعدي عليها يمكن أن ترد إلى الدولة باعتبارها المالك الشرعي.

النتائج والتوصيات

أولاً : النتائج

استهدفت الدراسة مفهوم الفساد وصوره وعلاقته بالجريمة المنظمة وآثاره على النواحي الاجتماعية والاقتصادية، حيث يقلل من فرص الاستثمار ومن استغلال الكفاءات العلمية الأمر الذي يؤدي إلى تدهور البنية التحتية والخدمات العامة، ويسبب الفقر وينتهك حقوق الإنسان ويؤثر على النمو الاقتصادي، وهو مصنف بأنه جريمة من الجرائم المنظمة الأمر الذي يساعد على نشره بصورة أوسع، من خلال الترويج للفساد والترغيب فيه بدوافع المادة وبالتالي يعتبر الفساد من أفضل الأعمال التي تقوم بها

المنظمات الإجرامية من خلال أعمالها الغير مشروعة، مما يؤكد وجود علاقة قوية بين الفساد والجريمة المنظمة، ويعني هذا كلما انتشر الفساد قويت شوكة الجريمة المنظمة وتطورت قدراتها وبالتالي تؤثر على مراكز النفوذ والسلطة الأمر الذي يوجب مكافحتها والتصدي لها من خلال تفعيل الاتفاقيات الدولية بتضافر جهود الدول لمكافحة ظاهرة الفساد.

ثانياً : التوصيات:

الاهتمام بالفساد باعتباره جريمة خطيرة لها أبعاد اجتماعية وسياسية واقتصادية والعمل على تحسين البيئة الوظيفية وأجهزة النظام والدولة لإبعاد الموظف عن الفساد، ومتابعة وملاحقة الفساد والجريمة المنظمة وتطوير العمل وخطط الوضع الاقتصادي للعاملين، وتقويم الجهود الأهلية والدولة لمكافحة ظاهرة الفساد والجريمة ومتابعة ومراقبة أجهزة الدولة للموظفين والعاملين مع المساءلة والمحاسبة لمرتكب الفعل، وتفعيل الاتفاقيات الدولية والعمل بها، وإصلاح أنظمة الدولة والعدالة من أجل مكافحة الفساد.

المراجع:

١. سورة الشعراء آية ١٨٣.

٢. سورة البقرة آية ٢٠٥.

٣. سورة المائدة آية ٣٣.

٤. خطة ميلانو مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة، ومعاملة المذنبين، الفصل الأول، الفرع الأول.

٥. د. محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٧، ص ١٠.

٦. د. زين العابدين عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح بيروت مؤسسة الرسالة، ط ١٩٩٤ م، ص٢٠٧.

٧. د. زين العابدين، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

United Nations Manual on Ahti – correption poligODCCP CICP 16/ 8 VIENNA2001
٩. السيد علي شنا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، اسكندرية مكتبة الإشعاع، ط ١٩٩٩، ص ٤٣.
١٠. وثائق الأمانة العامة بمجلس وزراء الداخلية العرب، تونس ديسمبر ٢٠٠٣.
١١ـ محمد احمد الصالح، التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية، المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، ٢٠٠٣، ص١٨.

الاجتهاد القضائي

بسم الله الرحمن الرحيم

١/ المحكمة الدستورية

النمرة م د / ق د / ٧١ / ٢٠١٠

التاريخ ٥ /٥/ ٢٠١٠

محمد عبد الله العبيد

//ضد//

١/ ورثة ياسر محمد بابكر

٢/ حكومة السودان

في ٢٠٠٩/٦/٢١م أدين الطاعن تحت المادة ١٣٠ ق. ج ١٩٩١ وحكم عليه بالإعدام شنقاً لإزهاقه روح المرحوم ياسر محمد بابكر. تأيد هذا الحكم بواسطة محكمة الاستئناف، ودائرة التأييد بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٦م بالأغلبية (٤- ١) ورفض نائب رئيس القضاء بتاريخ ٢٠١٠/٤/٤م طلب المراجعة إذ إن الحكم لا تشوبه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

في ٢٠١٠/٤/٢٥م تقدم الأستاذ محمد الوسيلة المحامي بطعن دستوري يمكن إيجازه فيما يلي :

(أ) الطاعن لم يكن ممثلاً بمحام أمام محكمة الموضوع ولم يطلب له محام بواسطة العون القانوني بوزارة العدل مما يعني إهداراً للحق الدستوري ٣٤(٦).

(ب) جاء رأي دائرة التأييد بالأغلبية وحيث إن الطاعن أدين بجريمة كبيرة كان يتعين تشكيل دائرة مراجعة كما فعل السيد نائب رئيس القضاء في قضية مماثلة مما يشكل إهداراً لحق المساواة.

(ج) أصحاب الرأيين الرابع والخامس ذكرا أنهما يؤيدان ما ورد في الرأي الثاني والثالث رغم أن ما ورد في الرأيين مختلف فالرأي الثاني يقر بوجود معركة مفاجئة لكن استغلال المتهم للظروف يحرمه من الاستثناء فيما ينفي الرأي الثالث وجود معركة مفاجئة.

ما أثاره محامي الطاعن في الفقرة الأولى استوقفني في عدد من القضايا إذ إنني اتفق معه تمام الاتفاق في أن المادة ٣٤(٦) أضفت على هذا الحق بعداً دستورياً بعد أن كان يستند على قانون الإجراءات مادة (١٣٥). وهذا الحق الدستوري لا يشترط تقديم طلب من المتهم كما أنه لا يشترط الإعسار وأوضحت في عدد من القضايا أن هذا النص يلزم المحكمة بأن تقوم بإخطار المتهم بهذا الحق الدستوري قبل بدء المحاكمة وتدون رده عليه حتى يمكن الاطمئنان على أن المتهم قد تخلى عن حقه الدستوري وبغير هذا الالتزام يصبح النص الدستوري غير قابل للتطبيق العملي لعدم دراية الكثيرين بحقوقهم القانونية دعك من الحقوق الدستورية. وعلينا ونحن في بداية التطبيق العملي لوثيقة الحقوق التي تضمنها الدستور أن نيسر للمواطنين المطالبة بتلك الحقوق. وقد أشرت إلى أن قوانين بعض الدول العربية تنص صراحة على بطلان أي محاكمة تكون عقوبتها الإعدام إذا لم يمثل المتهم بمحام وإلى حين صدور مثل هذا التشريع فلا ضير أن اعتمدنا على مواد الدستور لإتاحة هذا الحق للمواطنين.

هذا ما ذهبت إليه في عدة قضايا ولكن رأي الأغلبية جاء مخالفاً لذلك ولابد من التقيد به.

(ب) هذه النقطة لا تسعف الطاعن كثيراً فتشكيل الدائرة أمر جوازي ولا يمكن التيقن مما ذهب إليه محامي الطاعن من أن هذه القضية مماثلة للقضية التي أرفقها فلكل قضية ظروفها وملابساتها.

(ج) هذه النقطة لا تستحق التعقيب فقد توصل القاضيان إلى عدم انطباق استثناء المعركة المفاجئة وهذا وحده يكفي بصرف النظر عن اختلافهما في استخلاص الوقائع.

لكل ما تقدم أرى شطب هذه العريضة إيجازياً وإلغاء الأمر الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٥م بوقف تنفيذ حكم الإعدام في مواجهة الطاعن.

الطيب عباس الجيلي

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٥/٥م

أوافق

عبد الله أحمد عبد الله

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٥/١٦م

أوافق

سنية الرشيد ميرغني

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٥/١٧م

أوافق

سومي زيدان عطية

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٥/٣٠م

أوافق

عبد الرحمن يعقوب إبراهيم

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٦/١م

أوافـــق

جون قاتويش لول

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٦/١م

سبق لي أن قبلت في قضايا سابقة ما ذهب إليه القاضي الطيب عباس من أن المادة ٣٤(٦) من الدستور الانتقالي أضفت بعداً دستورياً على حق المتهم في التمثيل بمحام في القضايا الخطيرة وأنه لا مجال للشرائط التي تفرضها المادة ١٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية ومازلت عند رأيي.

عبد الله الأمين البشير

رئيس المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٧/٦م

I. agree

Bullen Panchol Awal
Member of constitutional Court
14/7/2010

الأمر النهائي :

تشطب عريضة الطعن إيجازياً ويلغى الأمر الصادر من هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٥م بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

عبد الله الأمين البشير

رئيس المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٨/٥م

٢/ المحكمة الدستورية

النمرة : م د / ق د / ١٢٨ / ٢٠١٠

الحسن الحاج الأول عمر محمد

//ضد//

أولياء دم / محمد موسى حامد

أدانت محكمة جنايات أبي جبيهة العامة الحسن الحاج الأول عمر محمد تحت المادة ٢/١٣٠ من القانون الجنائي والمادة ٢٦ من قانون الأسلحة والذخيرة والمفرقعات وقضت بإعدامه شنقاً حتى الموت لدم المجني عليه محمد موسى حامد.

تأيد الحكم على مستوى كافة مراحل القضاء القومي.

وعند طلب مراجعته لم يجد نائب رئيس القضاء انطواء له على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو على أي خطأ في القانون يستلزم مراجعته فشطب الطلب بقراره رقم م ع / غ أ / إعدام / ٢٦٧ / ٢٠٠٩.

إزاء ذلك في ٢٠١٠/٨/٥ ونيابة عن المحكوم عليه تقدم الأستاذ زين العابدين جمعة آدم بعريضة طعن دستوري على تلك الأحكام لكنها أي العريضة لم تلق قبولاً من حيث الشكل فكلف عريضة أفضل قدمها في ٨/٨ استناداً على المادة ٣/١٩ من قانون المحكمة الدستورية مستوفية الشكل فصرحت الدعوى الدستورية الماثلة على سند من القول أن عدم صدور قرار المراجعة برفض طلب المراجعة بأغلبية الآراء في القرار هو مخالف للمادة ١/١٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية وذلك هدر لحق الطاعن في المحاكمة العادلة مادة ٣٤ من الدستور.

وإن الطاعن لم يبلغ السادسة عشر من عمره ومن ثم فهو دون البلوغ والحكم عليه بالإعدام مخالف للمادة ٢/٣٦ من الدستور.

كما وأن المناقشة التي وقعت بين المدان والمجني عليه يوم الحادثة تثير قاعدة تفسير الشك لصالح المدان.

وإن عدم إعمال الدفوع التي أثارها الطاعن عند استجوابه فيه مخالفة للمادة ١٥٦ من الدستور.

ومثل ذلك عدم إفادة الطاعن من الدفوع الواردة بالمادة ٢/١٣١ من القانون الجنائي لحق الطاعن الدستوري.

ولذلك التمس الطعن تدخل المحكمة الدستورية بإلغاء قرار المراجعة والأحكام الأخرى فوفقاً لأحكام المادة ٦/١٩ من قانون المحكمة الدستورية يجد الطعن من حيث الشكل القبول.

أما من حيث الموضوع فإن كل ما أثاره الطعن يخرج من نطاق المادة ١٢٢ من الدستور والمادة ١٥/ب من قانون المحكمة الدستورية (اختصاصات والفصل في النزاعات) ذلك :

أولاً : فيما يتعلق بما أثاره من عدم مسئولية الطاعن تحت المادة ١٣٠ من القانون الجنائي لعدم بلوغه سن المسئولية فإن هذا الدفع لم يثر إلا أمام هذه المحكمة وهذا لا يسوغ وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية فإن كل ذلك لا يخفى على فطنة من أثار حق الدفاع عن النفس وسائر الدفوع الواردة بالمادة ٢/١٣٠ من القانون الجنائي كما بان في ثنايا الأحكام المطعون فيها من مراحل التقاضي المختلفة فما كان للأستاذ المحامي أن يثير ذلك هكذا في مرحلة يعلم أنها غير مختصة بالدفوع الموضوعية في إطار الفصل في الخصومات وفقاً للمادة ١٢٣ من الدستور دون تدليل على تجاوز ذلك الدفع من محكمة الموضوع أو غيرها مع إثارته عندئذ.

ثانياً : فيما يتعلق بصدور قرار المراجعة بأغلبية الآراء فيه فإن دائرة المراجعة التي تتمثل فيها الأغلبية المدعاة لم تنعقد أصلاً ليرد الكلام عن صدور قرار منها بأغلبية الآراء وإنما كان طلب المراجعة في مرحلة تقيمه من جهة انطواء الحكم المطلوب مراجعته على مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون من عدمه فلا يسوغ أرسال هذا السبب دون تحقيق وجود موجبه.

ثالثاً : في المحاكمة العادلة فهي وفقاً لعناصرها بالمادة ٣٤ لم يحقق الطعن تخلف أي عنصر من تلك العناصر ويثبته ويقع الخلط من ثم بين أحكام المادة ١/١٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية وبين تلك العناصر حين يقول الطعن أن مخالفة المادة ١/١٨٨ سالفة الذكر هدر للحق في المحاكمة العادلة.

أما إثارة الطعن لقاعدة تفسير الشك لصالح الطاعن وعدم إفادته بالدفوع الواردة في استجوابه وتلك الواردة في المادة ٢/١٣١ من القانون الجنائي فلا يثير مسألة صالحة للفصل فيها لأن سلطة النظر في ذلك صلب الفصل في الخصومات وفقاً للاختصاصات والسلطات الواردة بالمادة ١٢٣ من الدستور وذلك بشأن سلطة القضاء القومي التي لا تتدخل فيها المحكمة الدستورية لتحصن احكام تلك السلطة ضد الفحص والمراجعة من قبل المحكمة الدستورية مادة ٢/١٥ قانون المحكمة الدستورية مقروءة مع سابقة مبارك ختمي حامد الدستورية (ق د /١١/ ٢٠٠٦).

عليه يتعين إعمال المادة ١/٢٠ من قانون المحكمة الدستورية لتقرر شطب الطعن ايجازياً برسوم إن رأى الزملاء الكرام هذا المذهب.

سومي زيدان عطيه

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٨/٢٤

I. agree

Bullen OAnchol Awal
Member of the Constitutional Court
29/8/2010

أوافق لذات الأسباب المذكورة

جون قاتويش لول

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٨/٢٩

أوافق

الطيب عباس الجيلي

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٩/٢٣

أوافق

عبد الله احمد عبد الله

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٩/٢٧

أوافق

سنية الرشيد ميرغني

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٩/٢٧

أوافق

عبد الرحمن يعقوب ابراهيم

عضو المحكمة الدستورية

٢٠١٠/٩/٣٠

أوافـــق

عبد الله الأمين البشير

رئيس المحكمة الدستورية

٢٠١٠ /١٠/٢٨

الأمر النهائي :

يشطب الطعن ايجازياً برسومه ويلغى الأمر الصادر من هذه المحكمة بتاريخ ٢٠١٠/٨/٨ بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه.

عبد الله الأمين البشير

رئيس المحكمة الدستورية

٢٠١٠/١٠/٢٨

فهرس العدد ٤٢

المقالات

الاجتهاد القضائي